



Universidad
Carlos III de Madrid
www.uc3m.es

TESIS DOCTORAL

LA ORGANIZACIÓN DE LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES EN LAS EMPRESAS

ELEMENTOS CONFIGURADORES Y PROBLEMAS DERIVADOS
DE SU RÉGIMEN JURÍDICO

Autor:

AMANDA MORENO SOLANA

Director

JESÚS R. MERCADER UGUINA

DEPARTAMENTO DE DERECHO SOCIAL E INTERNACIONAL PRIVADO
GETAFE, DICIEMBRE 2015

ÍNDICE ABREVIADO

INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO I. ELEMENTOS CONFIGURADORES DE LA ORGANIZACIÓN DE LA PREVENCIÓN EN LAS EMPRESAS.....	- 7 -
1. La integración de la prevención y su reflejo en la organización y gestión de la prevención en las empresas.	9
2. El elemento de la preferencia en la determinación del modelo de organización en la empresa.....	38
3. La suficiencia y adecuación del sistema organizativo de la empresa.....	65
4. La independencia en el ejercicio de las actividades preventivas.....	108
CAPÍTULO II. LA ORGANIZACIÓN EXTERNA DE LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES EN LAS EMPRESAS.	- 121 -
1. Consideraciones generales sobre la organización externa de la prevención de riesgos laborales en las empresas	123
2. El servicio de prevención ajeno (SPA).....	128
CAPÍTULO III. LA ORGANIZACIÓN INTERNA DE LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES EN LAS EMPRESAS.	- 247 -
1. Consideraciones generales sobre la organización interna de la prevención de riesgos laborales en las empresas.	249
2. El servicio de prevención propio (SPP).....	250
3. El servicio de prevención mancomunado (SPM).	336
CAPÍTULO IV. DESIGNACIÓN INDIVIDUAL Y ASUNCIÓN DIRECTA POR EL EMPRESARIO DE LAS ACTIVIDADES PREVENTIVAS	- 369 -
1. Consideraciones generales.....	371
2. Los sujetos que de forma individual se pueden encargar de actividades preventivas dentro de la empresa.....	374
3. Trabajadores designados como modalidad organizativa de la prevención.....	403
4. Asunción directa de las actividades preventivas por el empresario	461
CONCLUSIONES.....	491
BIBLIOGRAFÍA	497
INFORMES, DICTÁMENES Y GUÍAS INTERPRETATIVAS.....	527

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO I. ELEMENTOS CONFIGURADORES DE LA ORGANIZACIÓN DE LA PREVENCIÓN EN LAS EMPRESAS.....	- 7 -
1. LA INTEGRACIÓN DE LA PREVENCIÓN Y SU REFLEJO EN LA ORGANIZACIÓN Y GESTIÓN DE LA PREVENCIÓN EN LAS EMPRESAS.....	9
1.1. La internalización de la organización preventiva como mecanismo de integración de la prevención.....	15
1.1.1 Los mecanismos para internalizar y gestionar con medios propios la organización preventiva: la regulación favorecedora del uso de recursos internos	16
1.1.2 Las distintas figuras preventivas que coadyuvan a la integración de la prevención.....	21
A) Sujetos que son o forman parte de la fórmula organizativa	21
B) Otros sujetos con funciones preventivas	22
1.2 Las limitaciones a la internalización y el consiguiente perjuicio a la integración de la prevención.....	25
1.2.1. La regulación favorecedora de la externalización de la prevención.....	25
1.2.2. La creación del mercado de los servicios de prevención y la mercantilización de la organización preventiva	27
A) El mercado de los servicios de prevención: Situación actual y posibilidades de futuro.....	28
B) El extinguido mercado de la prevención de las Mutuas: Las sociedades de prevención como mecanismo de organización externa de la prevención.....	32
2. EL ELEMENTO DE LA PREFERENCIA EN LA DETERMINACIÓN DEL MODELO DE ORGANIZACIÓN EN LA EMPRESA	38
2.1 Las directrices de la Unión Europea sobre la organización de la prevención de riesgos laborales.....	39
2.2. El establecimiento de una jerarquía entre la organización interna y la organización externa.....	42
2.3 La flexibilidad en la elección de la fórmula como elemento que niega la preferencia	50

2.3.1 Las manifestaciones de la flexibilidad en la elección de la fórmula de organización de la prevención en la empresa	51
2.3.2. Las limitaciones de la flexibilidad para la elección y mantenimiento del sistema organizativo	52
A) Las limitaciones generales derivadas del propio modelo legal de organización.....	53
B) Las limitaciones particulares que hacen que la flexibilidad tenga ciertas dosis justificadas de rigidez	55
2.4. La posibilidad de organizar la prevención a través de distintas fórmulas: la regla de la compatibilidad.....	56
2.4.1. Los problemas para compatibilizar las distintas fórmulas organizativas.....	57
A) Los preceptos limitadores de la compatibilidad y los argumentos a favor de la misma	57
B) La innecesaria existencia de varios servicios de prevención propios.....	59
2.4.2. La convivencia en una empresa de las distintas opciones organizativas.....	60
A) La compatibilidad de la asunción de la prevención por el empresario con otras fórmulas organizativas	61
B) La compatibilidad de los trabajadores designados con otras fórmulas organizativas.....	62
C) La compatibilidad de la constitución de los SPP y los SPM con otras fórmulas organizativas.....	63
3. LA SUFICIENCIA Y ADECUACIÓN DEL SISTEMA ORGANIZATIVO DE LA EMPRESA	65
3.1. Definición de suficiencia y adecuación. Criterios y factores a tener en cuenta para su determinación	65
3.1.1. La suficiencia y adecuación como elementos indispensables del modelo organizativo	66
3.1.2. Los criterios que sirven a la determinación de la suficiencia y adecuación de cada una de las fórmulas organizativas o de la combinación de ellas.....	68
A) Condiciones generales de la suficiencia y adecuación.....	69
a) Interdisciplinariedad: un requisito común con diferente nivel de exigencia	69
b) La regulación de los mínimos no es sinónimo de suficiencia	72

c) El momento de valoración de la suficiencia	74
d) La necesaria profesionalización de la organización preventiva	75
e) La participación de los trabajadores: la consulta a los representantes.....	79
B) Los criterios específicos que la norma establece para la determinación de la suficiencia y la adecuación.	84
a) El Tamaño de la empresa.....	85
b) La peligrosidad de las actividades y los tipos de riesgo a que están expuestos los trabajadores.....	88
c) La distribución de los riesgos	89
C) La concreción normativa de los criterios para la determinación de la suficiencia y en las distintas fórmulas organizativas.....	91
3.2.- El control de la suficiencia y la determinación de la adecuación: los mecanismos que permiten establecer la intervención en las formas de organización.....	94
3.2.1. Acreditación y autorización sanitaria como mecanismos de intervención y control de la administración sobre los servicios de prevención ajenos	95
A) La finalidad de la acreditación de los SPA.....	97
B) El mantenimiento de la acreditación: la justificación en el tiempo de la suficiencia y adecuación de la modalidad organizativa.....	102
3.2.2. Las auditorías de prevención de riesgos como instrumento de control del cumplimiento de los requisitos de las fórmulas organizativas internas.....	103
A) Auditorias obligatorias y razón de ser de la obligatoriedad.	105
B) La acreditación de las personas y empresas auditoras como mecanismo de garantía de la suficiencia y adecuación del sistema	107
4. LA INDEPENDENCIA EN EL EJERCICIO DE LAS ACTIVIDADES PREVENTIVAS	108
4.1. La necesaria independencia de los técnicos de prevención en el ejercicio de las funciones preventivas	109
4.1.1. Las diferencias de la independencia en función del tipo de organización preventiva: independencia personal e independencia institucional	109
4.1.2. La independencia del técnico de prevención en la organización interna	111

A) La independencia técnica en un trabajo sometido a reglas de subordinación.....	112
B) La equiparación del técnico de prevención con los representantes de los trabajadores.....	114
4.2. Las vinculaciones prohibidas en los casos de organización externa de la prevención de riesgos laborales: la independencia institucional.....	116
CAPÍTULO II. LA ORGANIZACIÓN EXTERNA DE LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES EN LAS EMPRESAS.- 121 -	
1.- CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA ORGANIZACIÓN EXTERNA DE LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES EN LAS EMPRESAS.....	123
2. EL SERVICIO DE PREVENCIÓN AJENO (SPA).....	128
2.1. La aparente obligatoriedad de acudir a un Servicio de Prevención Ajeno.....	130
2.1.1. El SPA como fórmula complementaria ante la insuficiencia de los trabajadores designados.....	131
2.1.2. Las previsiones del art. 16.1 c) RSP como base para acudir alternativa, y a veces obligadamente, a un SPA.....	133
2.2 Requisitos y limitaciones que deben cumplir los Servicios de Prevención Ajenos para que puedan actuar en el mercado.	136
2.2.1. Acreditación y Autorización de las entidades como SPA.....	137
A) La calificación jurídica de la acreditación.....	138
B) La regulación de la acreditación: un complejo entramado normativo.....	141
C) Autoridad Competente, procedimiento de concesión y mantenimiento de la acreditación.....	143
D) El silencio administrativo en la acreditación de los SPA.....	147
E) La unicidad y la validez de la acreditación: en especial los problemas de la autorización sanitaria.	149
2.2.2. Cobertura de la responsabilidad civil del SPA.....	157
2.2.3. Prohibición de vinculaciones comerciales, financieras o de cualquier otro tipo que puedan perjudicar la independencia.....	159
2.3. La externalización de las actividades preventivas y las limitadas posibilidades de subcontratar por parte del SPA.....	165
2.3.1. Posibilidades de subcontratación por parte de los SPA de actividades de prevención de riesgos laborales.....	170
2.3.2. La Subcontratación por los SPA de la actividad sanitaria.....	173

2.3.3 Conclusiones a la limitada y excepcional subcontratación de actividades preventivas.....	178
2.4. Recursos humanos y materiales suficientes y adecuados para la correcta constitución y funcionamiento de un Servicio de Prevención Ajeno.....	180
2.4.1. Los criterios para determinar la suficiencia de los medios y recursos en los SPA	180
2.4.2. Recursos Humanos	184
A) El número de técnicos de prevención y el tiempo de dedicación como criterio de suficiencia cuantitativa.....	184
a) Cómputo de trabajadores atendidos: recursos necesarios en función del tamaño	185
b) Tarifa de primas y Tarifa promedio: recursos necesarios en función de la peligrosidad	188
c) Criterios que corrigen los cálculos obtenidos	193
d) Ejemplo práctico del cálculo de los profesionales suficientes en un SPA	194
B) El criterio de la suficiencia y las reglas del cálculo de los recursos humanos de los SPA.....	197
C) La formación de los profesionales de la prevención como elemento clave para el cumplimiento del requisito de adecuación de la organización preventiva.....	199
a) Elementos configuradores de la formación de los expertos en prevención de riesgos laborales	200
b) Órganos y Entidades que pueden hacer formación en prevención de riesgos laborales.....	204
c) La formación cualificada en cada uno de los niveles	208
2.4.3. Recursos Materiales. Posibilidad de arrendamiento de las instalaciones y materiales: limitaciones.	212
A) Cantidad y calidad de los medios materiales.....	214
B) La tenencia de equipos y materiales	215
2.4.4. Los recursos necesarios para desarrollar la actividad sanitaria como especialidad concreta dentro del servicio de prevención.....	217
A) Recursos humanos necesarios para la actividad sanitaria en el SPA.	221
a) El tratamiento de los médicos y enfermeros que se encuentran en su última etapa formativa como residentes	223

b) Otros médicos especialistas que participan en el servicio sanitario del servicio de prevención: limitaciones.....	226
B) Recursos Materiales necesarios para llevar a cabo la vigilancia de la salud.....	229
C) Unidades Móviles Sanitarias como parte del Servicio Sanitario del Servicio de Prevención	233
2.5. El concierto de la actividad preventiva entre la empresa y el servicio de prevención ajeno.....	237
2.5.1. Concepto y contenido del Concierto Preventivo	237
A) Especialidades y Actividades preventivas.....	237
B) Compromisos de las partes	238
C) Vigencia del concierto y resolución por impago	240
2.5.2. Tipo de Contrato del concierto preventivo	242
CAPÍTULO III. LA ORGANIZACIÓN INTERNA DE LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES EN LAS EMPRESAS.	- 247 -
1. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA ORGANIZACIÓN INTERNA DE LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES EN LAS EMPRESAS.....	249
2. EL SERVICIO DE PREVENCIÓN PROPIO (SPP).....	250
2.1. Empresas obligadas a constituir un Servicio de Prevención Propio.....	252
2.1.1. La dimensión de la empresa. Primer criterio legal para la determinación de la obligación.....	254
A) El concepto de empresa a efectos preventivos.	254
B) El cómputo de trabajadores: diferentes interpretaciones derivadas de la inexistencia de regulación normativa.	262
2.1.2. La peligrosidad: suficiencia del Anexo I del Reglamento de los Servicios de Prevención sobre actividades peligrosas en la empresa.....	270
A) Agentes o Productos peligrosos	275
a) Actualización de las referencias normativas.....	276
b) Dificultades para determinar el agente o producto peligroso	278
B) Actividades que se califican como peligrosas	281
a) Actualización de las referencias normativas.....	281
b) Dificultades para la determinación de las actividades como peligrosas	282

2.1.3. El subsidiario tercer supuesto de obligación de creación de un Servicio de Prevención Propio	286
A) Las empresas susceptibles de ser condicionadas en su opción organizativa	287
B) El sujeto habilitado para imponer una fórmula organizativa.....	288
C) Variables que intervienen y criterios de la Autoridad Laboral para su aplicación.....	291
a) El criterio de la peligrosidad derivado del tercer supuesto de obligatoriedad de SPP	291
b) El criterio de la frecuencia y gravedad de la siniestralidad	295
c) Procedimiento de aplicación del art. 14 c) RSP y cuestiones que surgen a lo largo del mismo	298
2.2. Recursos humanos y materiales necesarios para la correcta constitución y funcionamiento de un Servicio de Prevención Propio.....	302
2.2.1. La suficiencia y adecuación de los recursos aplicados a los Servicios de Prevención Propios.	302
2.2.2. Criterios para determinar la suficiencia y adecuación de los SPP.....	303
A) La aplicación de la interdisciplinariedad.....	304
B) Otros criterios a tener en cuenta.	307
2.2.3. La determinación de la suficiencia en relación con los recursos humanos.....	308
A) El número de técnicos de prevención como criterio de suficiencia cuantitativa.....	308
B) Las implicaciones de la exclusividad en la dedicación de los profesionales de la prevención.	312
2.2.4. La determinación de la suficiencia en relación con los recursos materiales.....	314
2.2.5. La subcontratación en la organización de la prevención.....	316
A) La subcontratación de la actividad preventiva en general.....	316
B) La subcontratación en supuestos concretos.	323
a) Subcontratación de actividades que requieran conocimientos especiales o instalaciones de gran complejidad	323
b) Subcontratación de las medidas de emergencia y para la elaboración de estudios y planes de seguridad y salud en obras de construcción	325

2.2.6. La actividad sanitaria como especialidad concreta dentro del servicio de prevención propio.....	329
A) Recursos Humanos y Materiales necesarios para la actividad sanitaria en el servicio de prevención propio	329
a) Profesionales Sanitarios del Servicio de Prevención Propio: algunas cuestiones problemáticas y algunas cuestiones laborales aplicables a los especialistas de medicina del trabajo.	330
b) Colaboración con otros servicios de prevención: Subcontratación	332
B) Autorización y control de la actividad sanitaria de los servicios de prevención propios.	335
3. EL SERVICIO DE PREVENCIÓN MANCOMUNADO (SPM).....	336
3.1. El Servicio de Prevención Mancomunado como modalidad organizativa propia especial.	337
3.1.1. Existencia o no de personalidad jurídica propia.	337
3.1.2. El Servicio de Prevención Mancomunado como Servicio de Prevención Propio.....	340
3.2. Criterios para la Constitución del Servicio de Prevención Mancomunado.	342
3.2.1. Criterio de proximidad espacial o cercanía geográfica.	346
3.2.2. Criterio de proximidad en términos de actividad: empresas pertenecientes al mismo sector productivo.....	349
3.2.3. Criterio de proximidad en términos de pertenencia jurídica o vínculos económicos: Los grupos de empresas.	350
A) El grupo de empresas a efectos de la organización de la prevención con un SPM.	351
B) Legitimación en los grupos de empresas para negociar en el convenio la organización de la prevención a través de un SPM.	355
3.3. El Acuerdo de Constitución del Servicio de Prevención Mancomunado.....	357
3.3.1. La consulta sobre la constitución del SPM y sobre las condiciones en las que se va a desarrollar.	358
A) Sujetos que tienen el derecho de consulta.	359
B) Contenido y procedimiento de la Consulta.....	360
3.3.2. La comunicación previa de la constitución de un SPM a la autoridad competente.....	361

3.4. Recursos Humanos y Materiales suficientes y adecuados para la correcta constitución y funcionamiento de un SPM.....	364
CAPÍTULO IV. DESIGNACIÓN INDIVIDUAL Y ASUNCIÓN DIRECTA POR EL EMPRESARIO DE LAS ACTIVIDADES PREVENTIVAS - 369 -	
1. CONSIDERACIONES GENERALES.....	371
2. LOS SUJETOS QUE DE FORMA INDIVIDUAL SE PUEDEN ENCARGAR DE ACTIVIDADES PREVENTIVAS DENTRO DE LA EMPRESA.....	374
2.1. Trabajadores Designados: la primera modalidad organizativa.....	375
2.2. Recursos Preventivos Designados y Trabajadores Asignados como Recursos Preventivos.....	376
2.2.1. Diferencias entre Trabajadores Asignados y Recursos Preventivos	378
2.2.2 Diferencia entre Trabajadores Designados y Trabajadores Asignados y entre éstos y los Recursos Preventivos.	379
2.2.3 Garantías de los Recursos Preventivos y los Trabajadores Asignados	381
2.2.4 Aceptación del trabajador como recurso preventivo.	386
2.3. Encargados de la coordinación preventiva y Coordinadores de seguridad y salud en obras de construcción.	389
2.3.1. Encargado de la coordinación preventiva.....	389
2.3.2. Coordinador de seguridad y salud en las obras de construcción.	393
2.4. Delegados de prevención: la participación y representación de los trabajadores en materia preventiva.	395
2.4.1 Breve aproximación a la figura del delegado de prevención.....	396
2.4.2 ¿Puede ser un Delegado de Prevención, al mismo tiempo, Recurso Preventivo y/o Encargado de la Coordinación?	400
2.4.3 ¿Puede ser un delegado de prevención, al mismo tiempo, trabajador designado o técnico del Servicio de Prevención Propio?	401
2.5 Cuadro resumen de los sujetos que realizan funciones preventivas y que deben formar parte de la organización de la prevención en las empresas.....	403
3. TRABAJADORES DESIGNADOS COMO MODALIDAD ORGANIZATIVA DE LA PREVENCIÓN.....	403
3.1. Empresas que pueden designar trabajadores encargados de la prevención.	403

3.2. Empresas que deberían designar trabajadores como modalidad para organizar su sistema de prevención de riesgos laborales.	406
3.3. Criterios cuantitativos, cualitativos y formales sobre la designación de trabajadores.....	407
3.3.1 Requisitos generales para designar trabajadores: sujetos, tiempo y medios.....	408
A) Quiénes pueden ser Trabajadores Designados	409
B) Disponibilidad de tiempo y de medios: elementos imprescindibles.....	410
a) Jornada: la suficiencia de tiempo.....	410
b) Medios para el desarrollo de la actividad preventiva: la suficiencia de recursos materiales y jurídicos	413
C) Criterios para la determinación del número de trabajadores designados	414
3.3.2 Requisitos específicos para poder ser trabajador designado: capacidad, formación y vínculo con la empresa que le designa.....	416
A) La capacidad y la formación como elementos indispensables para ser trabajador designado.....	416
B) Vínculo jurídico: trabajador por cuenta ajena	418
3.4. Obligación de aceptación de la designación por parte del trabajador	420
3.4.1 Ejercicio del poder de dirección y designación de trabajadores.....	421
3.4.2 La movilidad funcional y la modificación sustancial de las condiciones de trabajo como instrumentos para designar a los trabajadores	423
3.4.3 Extinción de la modalidad organizativa y extinción del contrato de trabajo	426
3.4.4 Las nuevas condiciones laborales del trabajador designado	427
3.5. Facilidades que la empresa debe conceder para un eficaz cumplimiento de las funciones preventivas	428
3.5.1 Disposición de la información y documentación necesaria.....	429
3.5.2 La importancia de la protección de datos en la información y documentación de vigilancia de la salud.	429
A) Vigilancia de la Salud, protección de datos y organización de la prevención	431
B) El trabajador designado como encargado del tratamiento de los datos.....	433

3.6. Las garantías del trabajador designado como instrumentos necesarios para el adecuado cumplimiento de sus funciones preventivas	436
3.6.1 Cuestiones generales sobre las garantías aplicables a los trabajadores designados	437
3.6.2 Garantías concretas que la LPRL ha previsto para los trabajadores designados	440
A) Apertura del expediente contradictorio	440
B) Prioridad de permanencia en la empresa	441
C) No ser despedido ni sancionado y no ser discriminado en el ejercicio de su derecho a la promoción económica y profesional.....	445
D) Derecho de opción en caso de despido declarado improcedente	446
3.7. Obligaciones de los trabajadores designados o con asignación de funciones preventivas	447
3.7.1 La indeterminación legal de las funciones de los trabajadores designados	447
3.7.2 La obligación de sigilo del técnico de prevención y el derecho a la seguridad y salud de los trabajadores: una difícil relación.....	449
3.7.3 El deber de diligencia exigible a los trabajadores designados.....	456
3.7.4 La especificidad de las funciones del trabajador designado como determinante de su posición obligacional y de responsabilidades dentro de la empresa.....	458
4. ASUNCIÓN DIRECTA DE LAS ACTIVIDADES PREVENTIVAS POR EL EMPRESARIO	461
4.1. La libertad del empresario para elegir la modalidad organizativa de asunción propia de la prevención de riesgos laborales.....	461
4.2. Empresas y empresarios que pueden asumir la prevención	466
4.2.1. Empresas: características que deben reunir	467
A) Tamaño de la empresa y centro de trabajo como elementos básicos	467
B) Las actividades peligrosas. Una referencia restrictiva y obsoleta	471
4.2.2. Empresarios: requisitos sine qua non que deben cumplir.....	472
A) Habitualidad en el desarrollo de la actividad profesional	475
B) La capacidad del empresario para desarrollar las actividades preventivas y la formación necesaria para realizarlas	477

4.3. Actividades preventivas que pueden realizar los empresarios y actividades preventivas prohibidas.....	479
4.3.1. Funciones preventivas que pueden realizar los empresarios y criterios para determinarlas.	479
4.3.2 Actividades preventivas que los empresarios no pueden realizar.	480
A) Vigilancia de la salud: alcance total de la exclusión legal	481
a) Breve referencia a la regulación y contenido de la vigilancia de la salud	482
b) Argumentos que justifican que el empresario no pueda realizar la vigilancia de la salud: el derecho a la intimidad y la capacidad y especialización formativa.....	484
B) Otras actividades que pueden quedar excluidas	487
CONCLUSIONES.....	491
BIBLIOGRAFÍA	497
INFORMES, DICTÁMENES Y GUÍAS INTERPRETATIVAS.....	527

INTRODUCCIÓN

*El medio que en sí no es nada, es camino para un fin. El alcanzarlo más o menos pronto y el lograrlo con más o menos perfección depende, de una manera esencial, de los medios elegidos como instrumentos del trabajo humano*¹. Las normas de prevención han creado un estándar de seguridad con el que se protege a los trabajadores frente a los riesgos derivados de su trabajo buscando no sólo eliminar esos riesgos y evitar los accidentes, sino también mejorar las condiciones de seguridad y salud en las que los trabajadores en sus puestos de trabajo². Así que, para su cumplimiento y con el objetivo de salvaguardar ciertos bienes jurídicos, especialmente la vida y la integridad física³, se establecen diferentes obligaciones empresariales reguladas específicamente en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales y en su normativa de desarrollo, como formas de garantizar esos bienes jurídicos superiores. La finalidad tuteladora de las normas de prevención hace que, se restrinja el ámbito de la autonomía privada en la elección de los medios oportunos para su cumplimiento, impidiendo así que algunas opciones empresariales puedan repercutir de manera negativa sobre la seguridad y la salud de los trabajadores⁴.

¹ PALANCAR, M., y PÉREZ BOTIJA, E., *La prevención de Accidentes de Trabajo*, Madrid, Instituto Nacional de Previsión, 1934, pp. 13

² Así lo establece el Tribunal Constitucional en el Fundamento Jurídico Segundo del Auto 868/1986, de 29 de octubre donde hace alusión el derecho a la seguridad y salud recogido en el art. 40.2 CE, en relación con el art. 15 CE.

³ El mandato constitucional contenido en el artículo 40.2 CE y la Directiva Marco 89/391/CEE, relativa a la aplicación de las medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo, configuran el soporte básico en que se asienta la LPRL. No se encuentra, sin embargo, ninguna alusión en la LPRL a los derechos a la vida y a la integridad física recogidos en el art. 15 CE. No obstante, la doctrina y la jurisprudencia ha aludido a estos derechos fundamentales básicos como fundamento de la protección que desprende la normativa de prevención de riesgos laborales. En cuanto a la doctrina hay que destacar: GONZÁLEZ ORTEGA, S., *La seguridad e higiene en el trabajo en la constitución*, *Revista de Política Social*, núm. 21, 1979, pp. 218; PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., *El derecho constitucional del trabajador a la seguridad en el trabajo*, *Actualidad Laboral*, núm. 4, 1992, pp. 39; GONZÁLEZ ORTEGA, S., *Derecho a la salud y control de los trabajadores*, *Relaciones Laborales*, núm. 6-7, 1990, pp. 83 y ss. SALA FRANCO, T. y ARANU NAVARRO, F., *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, pp. 19. CASAS BAAMONDE, M^a. E., *La Ley 31/1995, de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales: objetivos, características formales y principales novedades*, XIV Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo, Sevilla, Carl, 1997, pp. 17. Se deben destacar en este sentido, dos importantes sentencias del Tribunal Constitucional que basan su fallo en tales derechos fundamentales: la STC 160/2007 de 2 de julio, y la STC 62/2007, de 27 de marzo. Concretamente se dice en ambas sentencias que: “la lectura de diversos artículos de la LPRL permite conocer la concreción legal que en el ámbito de la prestación de trabajo ha tenido la protección constitucional que impone esa tutela del trabajador, por virtud de las exigencias de diversos derechos constitucionales, entre ellos de los consagrados en el art. 15 CE”.

⁴ SEMPERE NAVARRO, A. V; GARCÍA BLASCO, J.; GONZÁLEZ LABRADA, M. y CARDENAL CARRO, M., *Derecho de la Seguridad y Salud en el Trabajo*, Madrid, Civitas, 3^a. Ed. 2001, pp. 98-99.

La organización de la prevención dentro de las empresas, que es una obligación del empresario, se configura como la herramienta adecuada para que el garante de la seguridad y salud de los trabajadores, pueda cumplir con las obligaciones instrumentales de prevención que dan contenido específico a su deber general de tutela en este ámbito. Precisamente al configurarse como un medio para la obtención de un resultado, la organización debe estar dotada de un conjunto de recursos humanos, instrumentales y materiales, que también se han regulado, en mayor o menor medida, y respecto de los cuales el empresario tiene limitado su poder de decisión. Así pues, la organización de la prevención debe ser entendida como medio y como fin.

Los arts. 30 y 31 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (en adelante LPRL), y el RD 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención (RSP a partir de ahora) configuran la obligación empresarial de organizar la prevención como una obligación preventiva directa para cuyo cumplimiento el empresario cuenta con la limitación general del propio modelo organizativo establecido por el legislador. Por esta razón, la definición, contenido y alcance de la obligación de organizar la prevención, como parte de la obligación general de prevención, no queda en manos de la libre decisión del empresario, sino que está condicionada a las únicas opciones establecidas en la norma y acerca de las que no hay, tampoco, absoluta libertad en su elección.

La protección del derecho a la seguridad y salud laboral (art. 40.2 CE) y a la vida e integridad física (art. 15 CE) pueden plantear, en relación con la organización preventiva, un conflicto con el derecho a la libertad de empresa⁵. Conviene traer a colación el alcance y contenido del derecho a la libertad de empresa para entender en qué medida puede ser limitado por una regulación del legislador intervencionista. El art. 38 CE regula la libertad de empresa como parte del elenco de derechos fundamentales y libertades públicas, constituyendo el núcleo de las cláusulas económicas de la Constitución⁶, instaurando el modelo de economía de mercado, cuya

⁵ Ya se han suscitado conflictos entre del derecho a la seguridad y salud y otros derechos fundamentales, como por ejemplo el derecho a la intimidad STC 196/2004, de 15 de noviembre en la que se determina que: *“el derecho a la intimidad no es un derecho absoluto, pudiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que aquél haya de experimentar se revele como necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado y, en todo caso, respetuoso con el contenido esencial del derecho. Por lo que al presente caso se refiere y en lo que afecta a las posibles limitaciones al ejercicio del derecho fundamental que aquí se analiza, ha de incluirse como hipótesis el supuesto de la imperatividad de una norma legal que así lo prevea, debiéndose citar entonces lo ordenado en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales (LPRL), en cuyo artículo 22 se impone al empresario la obligación de garantizar a los trabajadores a su servicio la vigilancia periódica de su estado de salud en función de los riesgos inherentes al trabajo”*.

⁶ Otras cláusulas económicas recogidas en las Constitución Española y que son parte de la economía de mercado instaurada: el derecho al trabajo, a elegir libremente la profesión y oficio (art. 35 CE); el derecho a la propiedad privada y herencia (art. 33); el derecho a la libertad contractual (art. 10 CE)

finalidad es asegurar a los individuos una esfera de actuación libre de injerencias estatales, permitiéndoles “ganarse la vida” en el ámbito económico, haciéndolo de la forma menos regulada posible⁷. Pero este derecho fundamental puede ser limitado por el propio Estado cuando haya razones de interés general que avalen esta injerencia y siempre que dicha intervención cumpla con el triple juicio de necesidad, adecuación y proporcionalidad. Para que una intervención de este tipo pueda condicionar la actividad privada empresarial debe suponer que los fines perseguidos por el poder público tengan un valor constitucional suficiente como para justificar la intromisión⁸.

En este caso, no sólo se trata de intereses del mismo rango, sino que el derecho a la vida e integridad física, como interés general que los poderes tienen que proteger a través de las limitaciones que imponen en la regulación de la organización de la prevención, es considerado como el derecho más básico y primario de todos los reconocidos en la CE, siendo uno de los ubicados en la Sección Primera del Capítulo II del Título I de la CE, que constituye el núcleo central de la declaración constitucional de los derechos que gozan del máximo nivel de protección jurídica⁹. Es por ello que, si queda limitada la libertad de elección del empresario sobre la modalidad organizativa, o si las entidades externas, ya sean SPA o Auditorias están sometidas a la obtención de autorizaciones, al establecimiento de condiciones en las que se puede realizar el servicio, y a que deban cumplir requisitos de cualificaciones, etc., debe entenderse que son limitaciones legítimas sometidas al triple juicio, para quedar justificadas. Así pues, como se irá analizando en el trabajo las medidas restrictivas del derecho a la libertad de empresa, establecidas por la regulación preventiva resultan, como se verá, útiles para el fin pretendido (aplicación del juicio de adecuación), y además, necesarias, por cuanto difícilmente podría alegarse existencia de alternativas menos restrictivas (aplicación del juicio de necesidad). Por último, también se comprobará, que las medidas aplicadas no son desproporcionadas por

⁷ PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C. y ALFARO ÁGUILA REAL, J., “Comentario al art. 38 CE”, en CASAS BAAMONDE, M^a. E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M (Dirs.), *Comentarios a la Constitución Española. XXX Aniversario*, Madrid, Wolters Kluwers, 2009, pp. 980-981.

⁸ STC 66/1991, de 22 de marzo, en cuyo Fundamento Jurídico Segundo se establece que: “no siendo los derechos que la Constitución reconoce garantías absolutas, las restricciones a que puedan quedar sometidos son tolerables siempre que sean proporcionadas, de modo que, por adecuadas, contribuyan a la consecución del fin constitucionalmente legítimo al que propendan, y, por indispensables, hayan de ser inevitablemente preferidas a otras que pudieran suponer para la esfera de libertad protegida, un sacrificio menor”. También la STC 109/2003, de 5 de junio

⁹ Art. 53, 81 y 168 CE. Para garantizar este mayor nivel de protección se contempla, el recurso de amparo, en sus dos escalones, judicial y constitucional, son derechos que deberán ser desarrollados a través de Leyes Orgánicas y tienen una especial protección frente a su posible modificación.

cuanto el sacrificio que se impone con ellas a la libertad de empresa, no es excesivo en relación con el beneficio que se obtiene o que se pretende proteger (aplicación del juicio de proporcionalidad)¹⁰.

La Ley ha recogido cuatro formas de articular la organización de la prevención dentro de las empresas. A través de cualquiera de ellas, o de su combinación, el empresario da cumplimiento a la obligación de realizar el conjunto de actividades preventivas que, bien internamente o de manera externa, los técnicos de prevención van a llevar a cabo. El servicio de prevención no debe identificarse con el órgano en el que se integran los técnicos y que realizan la actividad, sino con el conjunto de funciones¹¹. Lo que ocurre, es que, tanto en la norma, como en la práctica, a las entidades que prestan estos servicios también se les ha denominado servicio de prevención. Las cuatro maneras de organización la prevención son: a) a través del propio empresario; b) mediante la designación de trabajadores; c) con la constitución de un Servicio de Prevención Propio o Mancomunado (en adelante SPP y SPM); y d) a través de la contratación de un Servicio de Prevención Ajeno (en adelante SPA). La definición de cada una de estas fórmulas, su régimen jurídico, su régimen de funcionamiento, la interrelación entre ellas, y los límites y posibilidades que tiene el empresario en su elección, conforman el modelo de organización de la prevención en las empresas.

Es la configuración y el análisis del régimen jurídico de este modelo de organización preventiva el objetivo del presente trabajo. Para ello, se ha dividido en cuatro capítulos. El primero, en el que se hace una definición del modelo atendiendo a los elementos que lo configuran y que se han obtenido tras el examen de cada una de las fórmulas organizativas. En los capítulos II, III y IV, se estudia en profundidad cada una de estas fórmulas o modalidades organizativas mediante la resolución de los problemas que presentan en lo que respecta a su determinación, régimen jurídico y régimen de funcionamiento. El orden del trabajo se fundamenta en el mayor o menor uso que se ha hecho por las empresas de estas modalidades organizativas y el volumen de trabajadores atendidos por ellas, lo que ha llevado inexorablemente a buscar las razones de la decisión empresarial de una determinada opción como mayoritaria y otras como residuales; y si, en todo caso, con ellas se cumplen los objetivos pretendidos por la prevención de riesgos laborales. En primer lugar, se estudiará el SPA, única empresa que, como tal, puede prestar servicios de prevención y que se configura como el recurso de organización usado por el 75% de las empresas

¹⁰ PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C. y ALFARO ÁGUILA REAL, J., “Comentario al art. 38 CE”, op. Cit., pp. 996-998.

¹¹ ALARCÓN CARACUEL, M. R., “Los deberes del empresario”, en OJEDA AVILÉS, A.; ALARCÓN CARACUEL, M. R. y RODRIGUEZ RAMOS, M^a. J., *La Ley de Prevención de Riesgos Laborales, Aspectos Clave de la Ley 31/1995*, Navarra, Aranzadi, 1996, pp. 124.

españolas¹². En segundo lugar, se analiza el SPP y el SPM, que se constituyen en un 9 % de las empresas, pero que tienen la peculiaridad de que al tratarse de organizaciones que se configuran en empresas grandes, donde el volumen de trabajadores atendidos por estas estructuras preventivas es muy elevado¹³. Y por último se estudiará la figura del Trabajador Designado que es usado tan sólo por un 15% de las empresas, y la del propio empresario, que se utiliza en un 10 % de las empresas, aunque es probable que en este caso, y dadas las últimas reformas normativas, la tendencia haya aumentado.

¹² Los datos se han obtenido del Observatorio Estatal de Condiciones de Trabajo sobre las Modalidades de organización implantadas en las empresas dentro de las contempladas por la legislación, cuya última actualización se realizó en 2009, en línea: <http://www.oect.es/portal/site/Observatorio/menuitem.02f24b227be1a22f7ac3d63062c08a0c/?vgnextoid=a0ed681b3ac62310VgnVCM1000008130110aRCRD&vgnextchannel=38bb46a815c83110VgnVCM100000dc0ca8c0RCRD>; y también se han consultado los datos del Observatorio regional de condiciones de trabajo de Murcia que actualiza los datos a fecha de 2011, aunque la tendencia de uso de las modalidades es exactamente la misma, en línea: www.carm.es

¹³ Las empresas grandes generan un 34 % de volumen de empleo sobre el total. Este dato se ha obtenido del resumen realizado por la Subdirección General de Apoyo a la PYME que entiende por empresa grande aquella que tiene más de 250 trabajadores: Retrato de las Pymes 2015 en línea: http://www.ipyme.org/Publicaciones/Retrato_PYME_2015.pdf

CAPÍTULO I

ELEMENTOS CONFIGURADORES DE LA ORGANIZACIÓN DE LA PREVENCIÓN EN LAS EMPRESAS

1. LA INTEGRACIÓN DE LA PREVENCIÓN Y SU REFLEJO EN LA ORGANIZACIÓN Y GESTIÓN DE LA PREVENCIÓN EN LAS EMPRESAS.

El modelo de organización de la prevención de las empresas en España es un modelo legal, integrado en el sistema de gestión de la prevención de la empresa, flexible aunque con ciertas limitaciones, pero que en todo caso debe ser suficiente y adecuado. Además, se caracteriza por una elevada exigencia de profesionalidad, objetividad e independencia tanto de los técnicos de prevención como de las empresas que realizan actividades preventivas. Se trata, por tanto, de un modelo legal en el que no se admite ninguna opción empresarial más allá de lo permitido por la norma. De forma que ni el empresario, con base en su libertad de empresa, ni éste de acuerdo con los representantes de los trabajadores a través de la negociación colectiva, pueden establecer una manera de organizar la prevención distinta y al margen de las previstas en la LPRL y el RSP.

Cuatro son los elementos que definen el sistema de organización de la prevención que la norma exige para las empresas: el primero, la integración de la prevención como base para la internalización de la organización; el segundo, la preferencia y priorización de unas fórmulas organizativas sobre otras; el tercero, la suficiencia y adecuación como manera de determinar qué fórmula elegir; y el cuarto, la independencia como fundamento básico de actuación de quienes se dedican a la prevención. En este orden se analizarán en las páginas que siguen.

Hablar de integración de la prevención en las empresas lleva necesariamente a tener que hablar de cultura preventiva. No hay, hasta los momentos actuales, una definición de cultura preventiva universalmente aceptada. El Informe de la Agencia Europea de Seguridad y Salud en el Trabajo sobre *Seguridad en el Trabajo y Evaluación de la Cultura Preventiva*¹⁴ se refiere a ella como el conjunto de aspectos informales y culturales de una organización que pueden tener una influencia en cómo la seguridad y salud laboral es percibida y gestionada por el empresario, los mandos intermedios y los trabajadores, a partir de los cuales toman conciencia en asuntos de seguridad y salud y actúan de forma segura y saludable. A lo largo de todo el informe, la cultura preventiva es entendida como un concepto “amplio”, “complejo”, “abstracto”, e “informal”. Pero, aunque se trate de un concepto indeterminado y no completado, la cultura preventiva debe entenderse como el conjunto de valores, hábitos, normas y actitudes interiorizadas dentro de una organización, en este caso, empresarial, que tiene como objetivo mejorar las condiciones de vida y salud de todos los que integran

¹⁴ EUROPEAN AGENCY FOR SAFETY AND HEALTH AT WORK., *Occupational Safety and Health culture assessment. A review of main approaches and selected tools*, en línea: https://osha.europa.eu/en/tools-and-publications/publications/reports/culture_assessment_soar_TEWEE11005ENN

esa organización (empresario, mandos y trabajadores) e incluso de aquellos que pudieran participar de alguna manera en esa organización (clientes, consumidores, etc.).

Partiendo de la base del concepto y la valoración que se haga de la propia salud laboral o más ampliamente de prevención de riesgos laborales, el concepto de cultura preventiva también puede variar¹⁵. Así pues, el legislador, las empresas, los trabajadores y todos los operadores jurídicos de este ámbito deberían partir del mismo concepto de salud laboral y por ende del mismo tipo de cultura preventiva, porque de ello va a depender realmente la formulación de una u otra visión de la prevención de riesgos laborales y de cada una de las partes que componen su estudio, es decir, del alcance de la obligación general de seguridad, de la obligación de evaluación y planificación, de la de formación de los trabajadores, etc., y, por supuesto, del sentido y la formulación que se hace de la organización de la prevención de las empresas. En este sentido, se pueden diferenciar tres modelos o tipos de cultura preventiva que dan lugar a tres visiones de la salud laboral diferentes. En primer lugar, un modelo productivista, según el cual los riesgos no se pueden eliminar; los accidentes y las enfermedades son sucesos inherentes a las relaciones de producción por lo que no se hará especial hincapié en la vertiente preventiva sino en la reparadora y rehabilitadora, y que se traduce en una responsabilidad objetiva del empresario. En este tipo de cultura, la organización de la prevención es prácticamente inexistente y sólo puede ser vista como una decisión libre del empresario en su configuración y asignación de funciones. En segundo lugar, un modelo tecnocrático que partiendo de la inevitabilidad del riesgo entiende que puede ser controlado a través de la técnica, y que debe ser gestionado en las empresas ya que el dominio de empresario sobre el trabajador se convierte en condición necesaria para proteger su persona¹⁶. Según esta visión, la empresa estaría obligada a poner medios pero no a conseguir resultados, por lo que el alcance de su actuación se encuentra acotado por lo razonablemente posible. En este tipo de modelo, la organización de la prevención es necesaria, por cuanto se constituye en el medio para conseguir cumplir con la obligación general de seguridad y salud. En tercer y último lugar, se encuentra el modelo humanista, que se basa en una prevalencia absoluta de la salud, donde la obligación no es de medios, sino de resultados. Está basada en un principio de inaceptabilidad del riesgo y de seguridad total. En este caso la seguridad y la salud está vinculada a un derecho fundamental ya que se hace prevalecer la personalidad psicofísica del trabajador sobre las exigencias

¹⁵ LOZANO LARES, F., *El tratamiento jurídico de la siniestralidad laboral. Un análisis tipológico*, Madrid, Cinca, 2014, pp. 362- 367. El autor establece los tres modelos desde un punto de vista jurídico, y en LOZANO LARES, F., *Tipología del tratamiento técnico de la siniestralidad laboral*, Albacete, Bomarzo, 2015, pp. 445- 455, establece los tres modelos desde un punto de vista técnico.

¹⁶ ALAIN SUPLOT., *Crítica del Derecho del Trabajo*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1996, pp. 71-80 (traducción hecha por José Luis Gil y Gil).

del sistema productivo¹⁷. En este caso, la organización no se configura con un medio necesario, sino que es parte imprescindible de la gestión interna de las empresas¹⁸.

Pese a la evolución de los últimos años, las actitudes y creencias sobre las causas de los accidentes y los motivos para hacer seguridad, siguen siendo exiguos y erróneos. Algunas de esas creencias varían en función del nivel jerárquico ocupado en la empresa, de forma que no es lo mismo lo que piensa el empresario que lo que piensa el mando intermedio, o el propio trabajador¹⁹. Y si esto es así, entonces puede afirmarse, sin ningún género de duda, que no existe una cultura preventiva implantada en la empresa, porque no hay criterios comunes coincidentes sobre unos mismos hechos, sobre la búsqueda de soluciones, o sobre los motivos para implantar en la empresa un adecuado sistema de seguridad y salud en el trabajo²⁰. Así pues la existencia o no de esa cultura preventiva va a ser determinante en el correcto establecimiento de un sistema organizativo de prevención que ayude al empresario, a los mandos, a los representantes de los trabajadores y a los trabajadores mismos a cumplir, cada uno en su medida, con las obligaciones preventivas.

Toda empresa, sea grande o pequeña tiene que tener un sistema general de gestión de la empresa, más o menos complejo, dentro del cual debe insertarse el subsistema de gestión de la prevención de riesgos²¹, determinado por el tipo de organización de la

¹⁷ Se puede ver este modelo en los sistemas implantados en los países nórdicos, concretamente en Noruega: GUSTAVSEN BJORN, *Mejora del medio ambiente ¿una nueva estrategia?*, Revista Internacional de Trabajo, núm. 2, 1980, pp. 182-183, en línea: <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/43/rdr/rdr29.pdf>

¹⁸ Se trata de un modelo que nace como consecuencia de la introducción del mecanismo de la subcontratación, la aparición de nuevos estilos de trabajo autónomos, la flexibilización del mercado de trabajo con la aparición de manera masiva de las fórmulas de contratación temporal o a tiempo parcial.

¹⁹ HAGBERG, A., *Accidents: individual, work and work environment*, Paradets Med. 23, Stockholm, 1960. El autor, tras los análisis realizados, viene a establecer que el empresario suele cargar la culpa de los accidentes o los incumplimientos sobre los trabajadores; que los mandos intermedios se limitan a eludir las responsabilidades tanto propias como de los empresarios; y que los trabajadores suelen culpar directamente a sus jefes o al empresario de la falta de medidas preventivas o de las causas del accidente, aunque depende del grado de satisfacción general del trabajador.

²⁰ VIBERT, P., *La representation des causes d'accidents du travail*. Buletin Centre d'Etudes et de Recherche Psychotechniques, núm. 6 (4), 1956, pp. 423-428. En este caso el autor también recoge las diferencias sobre los motivos que inclinan a cada una de las posiciones jerárquicas de la empresa para llevar a cabo medidas de seguridad y salud laboral. Sobre los mandos superiores y la Dirección establece que los motivos son la repercusión en la imagen de la empresa y el temor a las responsabilidades; y los mandos intermedios y los trabajadores atenderán más a las condiciones de salud siempre que les permita cumplir con los objetivos del trabajo y con el nivel de rendimiento impuesto, de tal manera que dan más importancia a éste que al cumplimiento de las consignas de seguridad laboral.

²¹ INSHT., Sistema de Gestión Preventiva, declaración de principios y política preventiva, NTP 558, en línea: http://www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Documentacion/FichasTecnicas/NTP/Ficheros/501a600/ntp_558.pdf

prevención, la forma de coordinación, la participación de los trabajadores y los procedimientos, recursos y responsables en materia preventiva. De forma que las empresas en las que hay cultura de prevención, o al menos una conciencia de la necesidad de mejora de las condiciones de seguridad y salud de los trabajadores, son empresas que tienen un buen sistema de gestión de la prevención que se integra en el conjunto de la gestión de la empresa. Sin embargo, también es posible que existan empresas que, teniendo un sistema de gestión de la prevención adecuado, no haya realmente una cultura preventiva y que, por tanto, raramente conseguirán integrar la prevención en la gestión global de la empresa, es decir, implantar, de forma transversal en toda la estructura de la organización, la dimensión preventiva. En estos casos, a lo más que se puede aspirar es al cumplimiento formal de las obligaciones preventivas y a una aparente buena imagen de la empresa, aunque la realidad demuestre que no se consigue una mejora real de las condiciones de trabajo²².

²² Sirva como ejemplo una problemática real, no resuelta hasta el momento, en la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos en relación con el uso de las botas de seguridad como equipo de protección individual, manifestándose como un ejemplo de existencia de un Sistema de Gestión de la Prevención en la empresa, pero donde no hay ni cultura de la prevención, ni una correcta integración de la misma. Efectivamente, en la Sociedad de Correos existe, integrado en la Dirección de Personal un Servicio de Prevención Propio, con las cuatro especialidades preventivas y un importante volumen de técnicos de prevención superior. Hay que aclarar que aunque Correos es una empresa de servicios, desde el punto de vista de la prevención de riesgos laborales la compañía presenta una serie de riesgos derivados de la especial complejidad derivada del elevado número de centros de trabajo y de trabajadores. Pues bien, como medida preventiva, la empresa pone a disposición de los trabajadores unas botas de seguridad supuestamente antideslizantes y que evitan los daños ante el riesgo de caída de objetos. Muchos son, sin embargo, los trabajadores que deciden no usar las botas como consecuencia de los daños que su uso les produce en los pies, agravados además en los meses de verano, denunciando la falta de calidad de las mismas ante los representantes de los trabajadores. Algo que algunos técnicos de prevención de la empresa comprueban apreciando que las botas no cumplen adecuadamente con los requisitos de seguridad. Mientras todo esto ocurre, se producen algunos accidentes de trabajo con el resultado de daños en los pies que afectan a trabajadores que no estaban usando las botas, por lo que la Mutua comunica a la empresa que es responsabilidad del empresario y del trabajador el uso de los EPIs y que por tanto se están incumpliendo las medidas de prevención. Como consecuencia de esta advertencia, la empresa, desde el inicio del verano del año 2015, a través de los responsables de cada centro, ha comenzado a poner faltas leves a los trabajadores ante la falta de uso de las botas de seguridad de acuerdo con lo establecido en el art. 83,h) del III Convenio Colectivo de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos S.A aprobado por Resolución de 10 de junio de 2011). De todo lo anterior puede concluirse que, pese a que la empresa tiene un sistema de gestión de la prevención con una adecuada modalidad organizativa: a) no existe una adecuada integración de la prevención, porque los mandos intermedios no pueden llevar a cabo ni tomar decisiones adecuadas sobre prevención y vuelcan sobre los trabajadores la responsabilidad de una mala decisión empresarial, b) el servicio de prevención no es capaz de dar una respuesta adecuada, rápida y eficaz sobre las botas de seguridad, buscando aquellas que cumplan con los requisitos de prevención sin que perjudiquen al trabajador, c) la empresa no toma la decisión de comprar unas botas de seguridad aptas y adecuadas, por lo que se refleja la falta de implicación de la dirección y por tanto, de cultura preventiva, y d) los trabajadores no saben a quién pueden dirigirse ante

La integración de la prevención, que es expresión en sí misma de una cultura preventiva, se torna además imprescindible para alcanzarla y, por tanto, para mejorar las condiciones de seguridad y salud de los trabajadores²³. Por este motivo y desde hace algunos años, tanto a nivel europeo como a nivel nacional, los estudios e informes de prevención²⁴, la normativa²⁵ y las resoluciones judiciales²⁶ han perseguido el objetivo de la integración de la prevención. Pero, ¿qué es la integración de la prevención en las empresas?, y ¿cuál es la importancia de la integración de la prevención en la organización de la prevención en las empresas?

Integrar la prevención es hacer que todas las partes, departamentos, unidades, etc, que componen una empresa realicen su actividad productiva teniendo en cuenta la prevención de riesgos, y que cada persona que forme parte de la organización empresarial (dirección, mandos intermedios y técnicos de prevención) realice, conforme a sus obligaciones, las tareas preventivas encomendadas, o en caso de no tener funciones preventivas concretas (trabajadores), realicen sus tareas productivas conforme a los requisitos impuestos por la prevención de riesgos.

La integración de la prevención debe comprender el conjunto de las actividades empresariales, proyectándose tanto en los procesos técnicos, como en la organización del trabajo y en las condiciones en las que este trabajo se preste, de forma que las actividades productivas deben ser actividades en las que la prevención ha sido un elemento del proceso tenido en consideración. Pero también debe proyectarse sobre

tal situación, siendo decisión de la mayoría aparentar el uso de las botas, para evitar faltas y la sanciones, pero lo que no evitan que los accidentes se produzcan .

²³ JENKINS, A. M.; BREARLEY, S.A. y STEPHENS, P., *Management at Risk*, The SRS Association, AEA Technology, 1991, que llegan a la conclusión de que para conseguir adecuados procedimientos de trabajo los asuntos de seguridad e higiene, así como los asuntos medioambientales, deben ser tratados de la misma manera que otros objetivos empresariales.

²⁴ INSHT., *Guía Técnica para la Integración de la Prevención de Riesgos Laborales en el Sistema General de Gestión de la Empresa*, 2008, en línea: http://www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Normativa/GuiasTecnicas/Ficheros/gu%C3%ADa_t%C3%A9cnica_integraci%C3%B3n.pdf ; EUROPEAN AGENCY FOR SAFETY AND HEALTH AT WORK., *Mainstreaming OSH into business management*, 2010, en línea: <https://osha.europa.eu/es/tools-and-publications/publications/factsheets/92/view> donde también se puede encontrar un pequeño resumen en español que lleva por título: *La integración de la SST en la gestión de las empresas*. También hay que traer a colación la constante alusión a la integración de la prevención como objetivos en las *Estrategias Españolas de Seguridad y Salud en el trabajo*, tanto en la anterior que comprendía el periodo 2007-2012, como en la actual de 2015-2020.

²⁵ Con la Ley 54/2003, de 12 de diciembre, de reforma del marco normativo de la prevención de riesgos laborales, introduce por primera vez el concepto de integración como obligación parte de las obligaciones del empresario, dando lugar a las modificaciones correlativas de la LPRL y del RSP.

²⁶ También se puede encontrar de manera frecuente alusiones por parte de los jueces a la necesidad de integrar la prevención dentro de la empresa, generando su falta, una responsabilidad para el empresario. STSJ de Islas Baleares, de 1 de febrero de 2006 (R°. 1029/2003, sala contencioso-administrativo); STSJ de Cataluña, de 14 de noviembre de 2007 (R°. 8095/2006, sala de lo social); STSJ de Galicia, de 26 de septiembre de 2012 (R°. 2908/2009, sala de lo social).

todos los niveles jerárquicos de la empresa, de forma que cada uno de ellos incluya la dimensión preventiva en cualquier actividad que realicen u ordenen y en todas las decisiones que adopten. De modo que se considerará que la prevención se ha integrado en la empresa cuando las actividades productivas se realizan respetando los requisitos preventivos y cuando cualquier persona que pertenezca a la empresa o que pueda relacionarse con ella, desarrolla sus funciones teniendo en cuenta los objetivos y principios preventivos.

Son numerosas las referencias normativas que se pueden observar en torno a la integración de la prevención, configurándose ésta en el derecho positivo como una parte de la obligación general de seguridad y salud (art. 14 LPRL). Si no se produce esa integración, por pequeña, grande o compleja que sea la empresa, no se da cumplimiento a esa obligación del empresario. La integración se manifiesta en relación con la política en materia de prevención en el art. 5.5 LPRL; en relación con el plan de prevención como herramienta que pone de manifiesto su existencia, regulado en el art. 16. 1 LPRL; y en relación con las funciones de los servicios de prevención en el art. 31.3 a) LPRL. Por su parte, el RSP hace continuas alusiones a la integración de la prevención: el art. 1 que lleva por título “la integración de la prevención”; el art. 2 que vuelve a incidir sobre el plan de prevención; el art. 9 en relación con la integración en la planificación preventiva de las medidas de emergencia y vigilancia de la salud; el art. 19.2 y 20.1 sobre la importancia del papel de los servicios de prevención en la integración; el art. 30.2 d) y 31 bis) sobre la importancia de las auditorias para la implantación y el fortalecimiento de la integración; y el art. 35 y 36 sobre la promoción de la integración por parte de los técnicos de cualquier nivel, básico, intermedio y superior.

La organización de la prevención y la integración de la prevención son dos obligaciones que se condicionan mutuamente quedando estrechamente relacionadas. El sistema de organización preventiva de la empresa tiene un papel fundamental en la integración de la prevención, por un lado, porque sea cual sea la modalidad elegida, esta formará parte de la estructura y sistema de gestión de la empresa, y, por otro, porque se trata de la herramienta básica para la realización de las actividades preventivas y, por tanto, para generar en la empresa el debido nivel de asesoramiento e información para que cada estamento se encargue de su parte en materia preventiva. La integración de la prevención, además, es uno de los elementos fundamentales que van a determinar el modelo de organización preventiva ya que existe consenso doctrinal en el entendimiento de que la total externalización de la organización de la prevención dificulta considerablemente la integración de la prevención²⁷, siendo la

²⁷ MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., “La gestión de la prevención de riesgos laborales. Los servicios de prevención de riesgos laborales”, en MONEREO PEREZ, J. L. y RIVAS VALLEJO, P. *Tratado de Salud, Tomo I*, Navarra, Aranzadi, 2012, pp. 166-167; SEMPERE NAVARRO, A. V., *Aspectos Jurídicos del Reglamento de Prevención de Riesgos Laborales*, Aranzadi

única solución el que haya siempre trabajadores con funciones preventivas específicas dentro de la empresa que formen parte de la organización de la prevención regulada en el art. 31 LPRL. Así lo señalaba el “Informe sobre riesgos laborales y su prevención: la seguridad y la salud en el trabajo en España: estudio para la elaboración de un informe sobre riesgos laborales y su prevención”²⁸ al apuntar que la regulación contenida en la LPRL, “*predetermina una distribución de las funciones realizables dentro y fuera de la empresa, claramente favorable a la concertación del máximo de actividades posibles con los servicios de prevención ajenos en detrimento de los medios propios. Este condicionamiento actúa en perjuicio de la economía de la empresa y del principio de integración de la prevención en la misma, que aconsejarían el desenvolvimiento del máximo de actividades de prevención en el propio centro de trabajo*”.

1.1. La internalización de la organización preventiva como mecanismo de integración de la prevención

La utilización de una fórmula de organización interna de la empresa es la manera más adecuada de favorecer la integración de la prevención como obligación del empresario. A sensu contrario, la total externalización de la prevención aunque sea a través de entidades especializadas dificulta considerablemente la integración²⁹. Por tanto, la internalización de la prevención en la empresa se configura como elemento indispensable de la fórmula organizativa establecida en cada empresa. En el presente apartado se van a analizar los distintos mecanismos establecidos por el legislador que han ido favoreciendo el uso de recursos propios y las limitaciones que se ha puesto a la externalización. Finalmente, se hará alusión imprescindible a figuras preventivas y sujetos, que no formando parte de la organización preventiva, sin embargo, colaboran en la integración de la prevención.

Social, vol. V., 1997 (versión electrónica); GONZÁLEZ ORTEGA, S., *La organización de la prevención por el empresario: los servicios de prevención*, Temas Laborales, núm. 50, 1999, pp. 19-47.

²⁸ DURÁN LOPEZ, F., *Informe sobre riesgos laborales y su prevención: la seguridad y la salud en el trabajo en España: estudio para la elaboración de un informe sobre riesgos laborales y su prevención* Madrid, Presidencia del Gobierno, Boletín Oficial del Estado, 2001. (el Informe Durán)

²⁹ INSHT., Guía para la integración de la prevención en el sistema general de gestión de la empresas, 2008, en línea: http://www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Normativa/GuiasTécnicas/Ficheros/gu%C3%ADa_t%C3%A9cnica_integraci%C3%B3n.pdf

1.1.1 Los mecanismos para internalizar y gestionar con medios propios la organización preventiva: la regulación favorecedora del uso de recursos internos

Por lo que se refiere a los países de nuestro entorno, en términos generales, ni existe como tal, ni se ven como algo necesario las empresas que prestan servicios de prevención, ya que, de forma mayoritaria, los distintos países que han transpuesto la Directiva Marco a su ordenamiento nacional, han priorizado los servicios de prevención internos, otorgando a los externos un carácter secundario o complementario³⁰. Además, aquellos sistemas normativos que acumulan una mayor tradición en materia de gestión de la seguridad y salud en el trabajo, más participativa y basada en procesos internos, presentan mayores niveles de implantación de la seguridad y mejores prácticas de prevención³¹.

Varios han sido los intentos del legislador español, a través de las sucesivas modificaciones normativas producidas en los últimos 20 años, de lanzar un mensaje a las empresas para que procedan a la utilización de los recursos internos como forma central y principal de organizar la prevención³². El problema es que, en la mayoría de los casos, estas modificaciones han mantenido el amplio margen de libertad con la que cuenta el empresario, para decidir cómo establecer la organización preventiva en la empresa. No obstante, interesa destacar cada una de estas posibilidades organizativas establecidas en esas modificaciones normativas que pueden considerarse, a la postre, como mecanismos para internalizar la organización, ya sea porque potencian las fórmulas internas, ya sea porque crean nuevas figuras preventivas que se articulan, en principio, en el seno de la empresa; poniendo especial énfasis en los cambios normativos encaminados a la consecución de la integración de la prevención a través de recursos propios.

La Estrategia Española de Seguridad y Salud en el trabajo (2007-2012) vino a recoger la idea de la internalización en las empresas de los recursos y medios de prevención. Una de las áreas de actuación de esta Estrategia era la potenciación de los recursos internos de las empresas a través de un marco jurídico más atractivo y, sobre todo, de

³⁰ En este sentido, y como se refleja en el informe de la Asociación CVIDA, *El mercado de los servicios de prevención. Una visión española y europea* de 2007, en línea: <http://www.cvida.com/es/publicaciones/informes.html>

³¹ Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo, *Análisis de los factores que determinan las prácticas preventivas en materia de seguridad y salud en el trabajo en una selección de Estados miembros de la Unión Europea*, 2013, en línea: <https://osha.europa.eu/en/publications/reports/analysis-determinants-workplace-OSH-in-EU/view>

³² Una visión general sobre la LPRL desde su publicación puede verse en: MERCADER UGUINA, J. R., *La Ley de Prevención de Riesgos Laborales, veinte años después*, Información Laboral, núm. 8, 2015, pp. 21-42; MOLINA NAVARRETE, C., *Ley de Prevención de Riesgos Laborales: un agridulce aniversario*, CEF, Revista de Trabajo y Seguridad Social, núm. 392, 2015, pp. 5-13.

la configuración de incentivos adecuados para que la empresa decidiera disponer voluntariamente de esos recursos propios. La consecuencia de esta Estrategia fue la introducción de algunas modificaciones normativas que vinieron a intentar mejorar y aumentar el uso de esos recursos. Fruto de ello, fueron el RD 337/2010, de 19 de marzo, por el que se modifican el Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención, entre otros, y el RD 404/2010, de 31 de marzo, por el que se regula el establecimiento de un sistema de reducción de las cotizaciones por contingencias profesionales a las empresas que hayan contribuido especialmente a la disminución y prevención de la siniestralidad laboral. En el primero, se potencia el uso de la fórmula organizativa a través del propio empresario dulcificándose el requisito del número máximo de trabajadores de la empresa, que pasa de 6 a 10³³ (art. 11 RSP). En el segundo, se fomenta el uso de recursos internos, tales como trabajadores designados o SPP, cuando la empresa no esté obligada al uso o la ampliación de éstos, como una manera de cumplir los requisitos para ser beneficiarios del sistema de incentivos. Más recientemente y siguiendo con el favorecimiento de la modalidad preventiva de asunción por el empresario, la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a emprendedores, ha ampliado el espacio de esta alternativa al ampliarlo a empresas de hasta 25 trabajadores con un único centro de trabajo. Todas estas cuestiones serán analizadas con detalle en el capítulo IV del presente trabajo.

Aunque puede observarse que el legislador es consciente de la necesidad de contar con recursos propios dentro de la empresa que se encarguen de todas o de una parte importante de las actividades preventivas, se trata de una regulación que se ha centrado tan sólo en la figura del empresario, cuando hubiera sido más recomendable articular con claridad y haber potenciado la figura del trabajador designado así como la utilización del SPM, ampliando los supuestos en los que se permite su uso³⁴. Sobre la posibilidad de que haya otras figuras en la empresa que se encarguen de actividades preventivas, hay que remontarse a modificaciones normativas anteriores que pretendieron también incidir en la gestión de la prevención por medios internos. Se trata, por un lado, de la Ley 54/2003, de 12 de diciembre, de reforma del marco normativo de la prevención, y, por otro, del RD 171/2004, de 30 de enero, por el que

³³Se modifica también el régimen de auditorías obligatorias haciendo más laxa la obligación cuando se trata de empresas que asuman la prevención con recursos propios y tengan hasta 50 trabajadores (siempre que no sean empresas del Anexo I RSP). Medida que también tiene como objetivo incentivar la organización de la prevención interna, de forma que la auditoría no se convierta en un obstáculo para la decisión en este sentido del empresario (art. 29.3 RSP)

³⁴La modificación operada con el RD 337/2010, de 19 de marzo, vino a prohibir algunos de los casos en los que se permitía el uso de los SPM. Concretamente se impide que aquellas empresas del mismo sector que cumplan los requisitos para tener que constituir un SPP no podrán formar parte de un SPM. Sin embargo, esta restricción no afecta a la internalización, más bien al contrario, garantiza que las empresas tengan un SPP cuando se considere legalmente preciso, entendiendo que el SPP es la forma más garantista de organización preventivas de todas las que el legislador establece.

se desarrolla el art. 24 de la Ley 31/1995, de prevención de riesgos laborales, en materia de coordinación de actividades empresariales. En el primer caso, se creó la figura del recurso preventivo y, en el segundo caso, la del encargado de la coordinación, ambas figuras en principio internas. Sin embargo, una vez más, no se quiso eliminar la libertad empresarial de decidir que estos sujetos pudieran prestar servicios a través del mecanismo de la contratación externa, bien de un SPA (en el caso de los recursos preventivos, art. 32 bis 2 y 4 LPRL), bien a través de las empresas especializadas en coordinación de actividades empresariales o del SPA (en el caso del encargado de coordinación de actividades preventivas, art. 13 RD 171/2004). Sobre esta cuestión se volverá en el siguiente subepígrafe.

Junto a la asunción por el empresario, las fórmulas que permiten realizar una actividad preventiva desde dentro de la empresa, son por una parte, el trabajador designado (art. 12 y 13 RSP) que, sin duda, debería tratarse de la fórmula más usada para gestionar la prevención de manera interna en las empresas, máxime teniendo en cuenta la tipología de las empresas españolas: empresas pequeñas y medianas de escasa complejidad³⁵; y por otra parte, el SPP (arts. 14 y 15 RSP) y el SPM (art. 21 RSP), como conjunto de medios que forman una sección o departamento o área concreta de la empresa, para los casos de empresas de mayores dimensiones con mayor complejidad y/o que realizan actividades peligrosas. Sin embargo, son muchas las dudas que se plantean, especialmente sobre la figura del trabajador designado, carente de una regulación concreta y que se manifiesta en un escaso uso que las empresas hacen de ella³⁶.

Por último, una de las regulaciones que, en cierto modo puede favorecer la organización interna es la imposibilidad de hacer contrataciones o subcontrataciones de las actividades preventivas a cualquier tipo de empresa. Aunque se tendrá ocasión de analizar con detenimiento esta cuestión, conviene anticipar que la única posibilidad actualmente permitida a las empresas para externalizar la prevención es la que pueden llevar a cabo en relación con los SPA. Esta situación favorece el mercado de los servicios de prevención, pero también provoca la necesidad de tener que usar recursos internos ya que, salvo esa posibilidad de concierto con los SPA, no hay para el empresario otras opciones de contratación externa del servicio de prevención. Por

³⁵A fecha del 1 de enero de 2015 más de 1,75 millones de empresas no emplearon a ningún asalariado. Esta cifra supuso el 55 % del total. Además, otras 899.802 (28,2% del total) tenían uno o dos empleados. Datos obtenidos a fecha de 1 de enero de 2015 por el DIRCE en el análisis que hace anualmente sobre la Estructura y Dinamismo del Tejido Empresarial en España, en línea: <http://www.ine.es/prensa/np924.pdf>

³⁶ Los últimos datos que se han obtenido son del año 2009, en el que tan sólo 15% de las empresas habían designado trabajadores. Datos obtenidos en el Observatorio Estatal de Condiciones de Trabajo sobre las Modalidades de organización implantadas en las empresas dentro de las contempladas por la legislación, en línea: <http://www.oect.es/portal/site/Observatorio/menuitem.02f24b227be1a22f7ac3d63062c08a0c/?vgnextoid=a0ed681b3ac62310VgnVCM1000008130110aRCRD&vgnextchannel=38bb46a815c83110VgnVCM100000dc0ca8c0RCRD>

tanto, quedan prohibidos los asesores externos, empresas especializadas y cualquier otra opción de entidades que hagan prevención; y no sólo porque no están recogidas en la norma, sino porque existe una imposibilidad regulada expresamente en el art. 19 RSP³⁷. No obstante, se puede observar una tendencia creciente a establecer ciertos supuestos concretos en los que se tolera la contratación a otros sujetos o empresas, más allá de los SPA. En este sentido, se pueden citar los casos en los que se permite la contratación de encargados de la coordinación de la actividad preventiva a empresas especialistas en coordinación de actividades empresariales (art. 14 RD 171/2004); o supuestos en los que se contrata con empresas especialistas los servicios de incendios y emergencias (art. 20 LPRL); o cuando se subcontratan ciertas actividades que requieran conocimientos especiales o instalaciones de gran complejidad en los casos en los que la empresa asuma la especialidad de medicina del trabajo mediante el SPP (art. 9 RD 843/2011, de 17 de junio, por el que se establecen los criterios básicos sobre organización de los recursos para organizar la actividad sanitaria de los servicios de prevención).

Aunque, como se ha visto, son varios los mecanismos que se han previsto por el legislador para internalizar la organización de la prevención, es insuficiente el uso que las empresas hacen de ellos. Hay algunas razones que justifican una actuación así. La primera y fundamental es que la norma no contiene una obligación clara de tener que disponer de recursos internos como fórmula organizativa en todos los casos; algo que, sin embargo, debería haber quedado claramente definido con la aprobación de la LPRL y la incorporación y trasposición de la Directiva Marco 89/391/CEE, de 12 de junio relativa a la aplicación de las medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo, y que se trata de una cuestión sobre la que se volverá específicamente al considerar el elemento de preferencia o de jerarquía. La segunda de las razones es el reforzamiento legal de la modalidad de asunción por el empresario en detrimento del trabajador designado; algo que puede entenderse desde una óptica económica, e incluso laboral, para evitar las consecuencias que la designación pudiera tener para el trabajador designado, pero no desde el punto de vista preventivo. Puede resultar difícil y poco eficaz que el empresario asuma la prevención en empresas de hasta 10 trabajador o de hasta 25 (con un único centro de trabajo en este caso) cuando tiene que encargarse de toda o una gran parte de la actividad económica de su empresa, e incluso muchas veces no sólo será un gestor de la empresa sino que también será un trabajador de la misma. Por tanto, a efectos de integración de la prevención, el hecho de que el empresario asuma la prevención será una opción interesante, pero tendrá que organizarse la prevención, no de modo exclusivo con esta

³⁷ Y ello pese a la crítica de la doctrina desde el mismo instante de la aprobación del RSP donde ya quedaba claro que no se permitía el recurso a profesionales independientes o a otro tipo de empresas SEMPERE NAVARRO, A. V., *Aspectos Jurídicos del Reglamento de Prevención de Riesgos Laborales*, Aranzadi Social, vol. V., 1997 (versión electrónica).

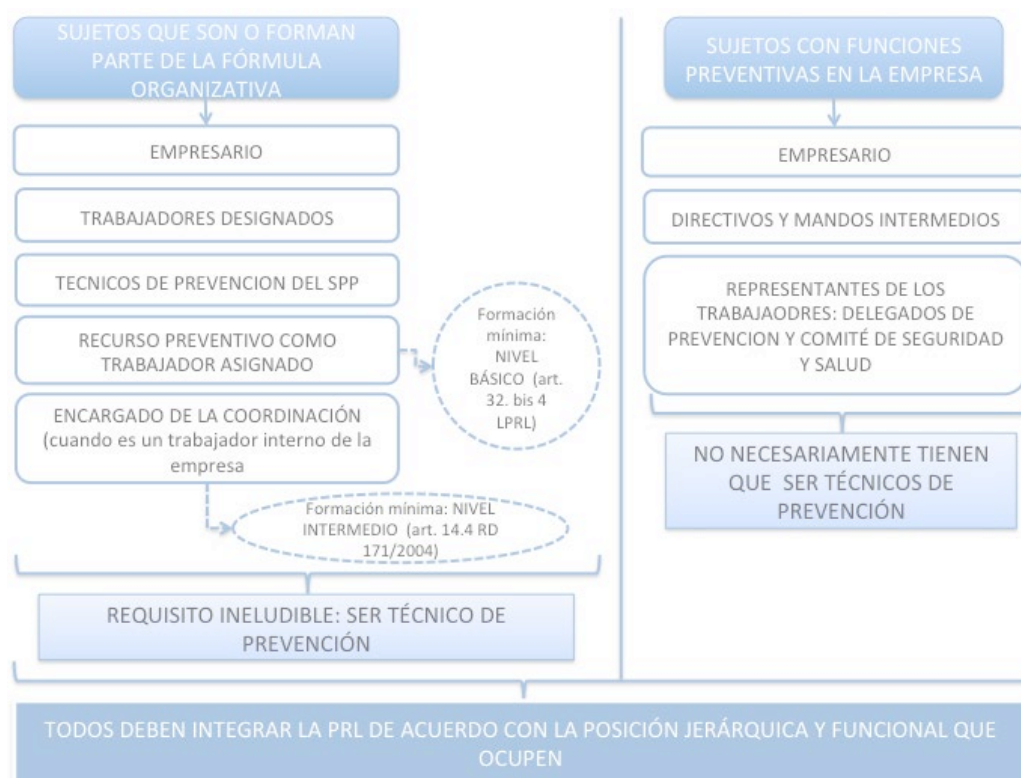
fórmula, sino que el recurso a otras será tanto obligatorio (vigilancia de la salud), como absolutamente necesario (actividades preventivas que el empresario esté incapacitado para realizar, o no pueda llevarlas a cabo por falta de medios). La tercera de las razones se fundamenta en el hecho de que, aunque se creen algunos nuevos sujetos preventivos (recurso preventivo, coordinador de seguridad), ninguno de ellos son fórmula organizativa propiamente dicha, aunque sí formarán parte del sistema de gestión técnico preventiva de la empresa. Ello además sin contar con el hecho de que, tanto el recurso preventivo como el encargado de la coordinación, pueden ser figuras que también se subcontraten y sean sujetos externos. Por último, la regulación de las auditorías y el sistema de incentivos tampoco parece que haya tenido consecuencias favorecedoras para el uso de una modalidad principalmente interna. En relación al sistema de incentivos, la norma no exige como requisito *sine qua non* que el empresario tenga una fórmula organizativa interna, sino que lo establece como uno más de los requisitos a tener en cuenta y a valorar de un elenco más amplio³⁸, por lo que se puede obtener el incentivo sin necesidad de interiorizar o mejorar la organización interna de la prevención. Por lo que se refiere a la actual regulación de las auditorías, y pese a la excepción prevista en el art. 29.3 RSP que permite exonerar a algunas empresas de hasta 50 trabajadores de la obligación de tener que realizarla, la realidad es que, en todo caso, hay que demostrar que el sistema preventivo de la empresa es eficaz, ya sea a través de una auditoría, ya sea por parte de la autoridad laboral cuando se trata de solicitar esa exención. Así pues, el nacimiento de esta obligación de control cuando se tiene una organización interna siempre puede resultar un inconveniente para el favorecimiento del uso de este tipo de modalidades de organización internas³⁹.

³⁸ Art. 2.1 g) RD 404/2010, de 31 de marzo, por el que se regula el establecimiento de un sistema de reducción de las cotizaciones por contingencias profesionales a las empresas que hayan contribuido especialmente a la disminución y prevención de la siniestralidad laboral: “Además del cumplimiento de los requisitos preventivos básicos a que se refiere el párrafo f) anterior, la empresa deberá acreditar el desarrollo o la realización, durante el periodo de observación, de dos, al menos, de las siguientes acciones: 1.ª Incorporación a la plantilla de recursos preventivos propios (trabajadores designados o servicio de prevención propio), aun cuando no esté legalmente obligada a efectuarlo, o ampliación de los recursos propios existentes. 2.ª Realización de auditorías externas del sistema preventivo de la empresa, cuando ésta no esté legalmente obligada a ello. 3.ª Existencia de planes de movilidad vial en la empresa como medida para prevenir los accidentes de trabajo en misión y los accidentes «in itinere». 4.ª Acreditación de la disminución, durante el periodo de observación, del porcentaje de trabajadores de la empresa o centro de trabajo expuestos a riesgos de enfermedad profesional. 5.ª Certificado de calidad de la organización y funcionamiento del sistema de prevención de riesgos laborales de la empresa, expedido por entidad u organismo debidamente acreditado por la Entidad Nacional de Acreditación (ENAC), justificativo de que tales organización y funcionamiento se ajustan a las normas internacionalmente aceptadas”.

³⁹ Así se ha visto por todos los autores que ha analizado el tema: GONZALEZ CARBAJAL, J.M., *Aspectos jurídicos públicos de la prevención de riesgos laborales: estudio de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre de prevención de riesgos laborales y del reglamento de los servicios de prevención*,

1.1.2 Las distintas figuras preventivas que coadyuvan a la integración de la prevención

Uno de los mecanismos para integrar la prevención en las empresas ha sido, por un lado, la creación legal de algunas figuras preventivas concretas que, normalmente, realizan funciones preventivas desde dentro de la empresa para la mejora de las condiciones de seguridad y salud, y, por otro, la asignación de funciones preventivas a algunos sujetos de la propia empresa. A estos efectos hay que diferenciar dos grupos de sujetos con funciones preventivas. Por un lado, aquellos que son estrictamente modalidad organizativa de la empresa, o que forman parte de la estructura general de la organización técnico preventiva; y, por otro, aquellos que no son parte de esa estructura preventiva pero sí que tienen ciertas funciones de prevención. Todos los sujetos, de uno y otro grupo, tienen en común la obligación de integrar la prevención como parte interna de la empresa, pero su posición en la misma es diferente y por ende, la forma de llevar a cabo tal obligación también difiere en unos y otros casos.



A) Sujetos que son o forman parte de la fórmula organizativa

Empresario, trabajadores designados y miembros del SPP (o del SPM) se configuran como técnicos de prevención que pueden formar parte de la estructura organizativa de la empresa. La organización preventiva puede estar formada por una o varias

modalidades que actúan conjuntamente. En este segundo caso, lo razonable será que haya una fórmula organizativa que sea principal y otra complementaria. Como la normativa no dice prácticamente nada al respecto hay que entender existente la libertad de elección del empresario en cuanto a la manera de establecer la principalidad y la complementariedad de las fórmulas. Por tanto, estos sujetos podrán ser modalidad principal o complementaria en caso de que el empresario haya optado por alguna de ellas, salvo en el caso del SPP cuando se constituye como obligatorio en las empresas de determinadas características (art. 14 RSP). No obstante, en cualquiera de los casos puede afirmarse que se trata de figuras a través de las cuales se internaliza y gestiona la prevención, y ello independientemente de que se pueda recurrir a medios externos para que realicen algunas concretas actividades preventivas.

Por su parte, el recurso preventivo, cuando se trata de un trabajador asignado (art. 32 bis) 4 LPRL), o el encargado de la coordinación, cuando se trata también de un trabajador de la empresa que reúna los conocimientos, cualificación y experiencia necesarios⁴⁰, aunque no son fórmula organizativa, sí que forman parte de la unidad de gestión técnico preventiva. Las funciones de vigilancia y control asignadas a estos trabajadores requieren de un conocimiento concreto de la prevención y de una pericia especial en relación con la actividad productiva que se esté llevando a cabo para el caso de los recursos preventivos, o en relación con la actividad de coordinación, para el caso de los encargados. Por esta razón resulta bastante criticable el hecho de que esta tarea pueda ser encomendada a figuras externas a la empresa a través de los SPA (art. 32 bis 2 c) LPRL), e incluso a otras empresas especializadas, en el caso de los encargados de la coordinación (art. 13.3 f) RD 171/2004, de 30 de enero, por el que se desarrolla el art. 24 de la LPRL). La actividad de vigilancia y control en ambos casos requiere de una permanencia y continuidad dentro de la empresa, así como de un conocimiento desde dentro, no sólo técnicamente sino de la organización, estructura, jerarquía, formas de trabajar, etc., que sólo se alcanza cuando se pertenece a tal organización.

B) Otros sujetos con funciones preventivas

Aunque la organización de la prevención se constituye con la fórmula/s elegidas o determinadas legalmente y con la adición de otros sujetos, técnicos de prevención, que sean necesarios para el desarrollo adecuado de la prevención, hay otra serie de sujetos que, sin formar parte de la gestión técnico preventiva, se configuran como sujetos que intervienen en la integración de la prevención, y que, por tanto, tienen funciones

⁴⁰ Es posible que la negociación colectiva establezca una formación concreta para estos trabajadores respetando en todo caso los mínimos establecidos en el art. 32 bis. 4 LPL que establece el nivel básico para los recursos preventivos, y el art. 14.4 RD 171/2004 que establece el nivel intermedio para los encargados de la coordinación de actividades empresariales

preventivas. En este sentido, y aunque en el cuadro precedente ya se determina quiénes son hay que destacar la figura de los directivos y mandos intermedios y de los representantes de los trabajadores con funciones preventivas. En relación con el empresario, tan sólo decir que, en los casos en los que no se configure como modalidad organizativa, sigue siendo la figura sobre la que recae el deber de seguridad ya que se trata del deudor de tal obligación por lo que, siempre y en todo caso, se constituye como sujeto con funciones preventivas.

Sin ánimo de hacer un estudio exhaustivo que no viene al caso sobre los directivos y mandos intermedios, es necesario determinar quiénes son estos sujetos dentro de la empresa para entender las razones por la que tienen funciones preventivas y por las que ocupan una posición determinante en la integración de la prevención. La LPRL y el RSP no hacen ninguna referencia a directivos y mandos intermedios más allá de la genérica de los arts. 15 y 16 LPRL y de la alusión contenida en el art. 1 RSP en cuanto a la obligación de integración de la prevención en todos los niveles jerárquicos de la empresa. También se puede encontrar otra genérica referencia a la figura de los directivos en el art. 4.2 a) de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción, cuando se refiere a los requisitos exigibles a las empresas contratistas y subcontratistas en relación con la necesaria formación que deben tener los trabajadores del nivel directivo⁴¹. El legislador es consciente de que el desconocimiento de los aspectos preventivos por parte de los directivos, o de los trabajadores con ciertos poderes de decisión, es una de las causas de la inaplicación de las normas preventivas, razón por la que incide de forma relevante en este concreto grupo de trabajadores y responsables⁴², considera que la implicación de directivos y mandos intermedios en la prevención, haciéndolos parte del sistema general de prevención, es determinante en el cumplimiento de las obligaciones preventivas, y es por ello por lo que se hace la concreta alusión a esta figura en la regulación del sector de la construcción.

Sobre esta base, queda establecida la obligación del empresario de hacer partícipes a estos trabajadores en la prevención y la obligación de éstos a colaborar en la gestión de

⁴¹ Cuestión que se concreta en el art. 12 RD 1109/2007, de 24 de agosto por el que se desarrolla la Ley 32/2006 reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción y que establece que las personas que ejerzan funciones de dirección deberán tener la formación necesaria para integrar la prevención en el conjunto de sus actividades y decisiones. Además recoge unos mínimos de contenido y duración de esa formación, cuestión sobre la que se deja entrar a la negociación colectiva. En este sentido, los arts. 145, 146 y 147 del V Convenio General del Sector de la construcción establecen el contenido formativo de prevención de riesgos diferenciando las figuras de gerente, responsable de obra y mandos intermedios.

⁴² PEREZ CAPITÁN, L., *Sinopsis crítica de la Ley de Subcontratación en el sector de la construcción*, Prevención, Revista técnica de Seguridad y Salud, núm. 181, 2007, pp. 69-71, en línea: http://www.navarra.es/NR/rdonlyres/C9D787F1-58F3-46E9-BB11-96BC71258BBA/146164/Articulo_PerezCapitan_181.pdf

la prevención de riesgos⁴³. Aunque los directivos y mandos intermedios ocupan posiciones diferentes en la empresa, en uno y otro caso tendrán sus correspondientes obligaciones preventivas. El directivo es el aquel que realiza funciones en las que toma decisiones respecto de unidades concretas de la empresa (financiera, comercial, recursos humanos, etc.)⁴⁴, y como tal, al tener una posición en la que tiene poderes decisionales sobre esa unidad productiva, podrá tomar también decisiones en materia preventiva⁴⁵. El mando intermedio, por su parte, es el sujeto situado en una posición jerárquica entre el directivo y el trabajador⁴⁶ con alto nivel de conocimiento técnico sobre la concreta actividad que realiza, que lleva a cabo funciones más propias de la ejecución que de la decisión⁴⁷, y que, por tanto, tiene un poder de decisión más restringido que el de los directivos⁴⁸. En todo caso, el mando intermedio se encuentra en la zona de los riesgos e inmediatamente cercano a los trabajadores, por lo que la función en materia de prevención que le es esencialmente atribuible es la de supervisión, que comprende la vigilancia y control tanto de la actividad preventiva en su concreta esfera de poder, como de los trabajadores a su cargo; al mismo tiempo, esos mandos también tienen la obligación de transmitir la información de manera bidireccional, es decir, de los superiores a los trabajadores y de los trabajadores a los superiores⁴⁹.

Por último, respecto a los representantes de los trabajadores (los delegados de prevención y el comité de seguridad y salud), tienen las funciones definidas en la norma (art. 36 y 39 LPRL) por lo que resulta algo más sencillo conocer el alcance de su actividad en relación con la prevención de riesgos. Las funciones de colaboración con la empresas, y de vigilancia y control sobre el cumplimiento de la normativa de prevención hacen que los delegados también coadyuven en la integración de la prevención; pero no sólo esto, sino que estos representantes al tener que se consultados

⁴³ MOLINA HERMOSILLA, O. y MOLINA NAVARRETE, C., *La reforma del marco reglamentario de la gestión preventiva “de” y “en” la empresa: otra desenfocada y confusa intervención normativa*, CEF, Estudios Financieros, Revista de Trabajo y Seguridad Social, núm. 281-282, 2006, pp. 85-86

⁴⁴ STSJ de Extremadura de 22 de junio de 2004 (AS 2004/1901)

⁴⁵ NAVAS-PAREJO ALONSO, M., *Obligaciones y Responsabilidades de los trabajadores en materia de seguridad y salud laboral*, Valladolid, lex Nova, 2012, pp. 73-74 (tesis)

⁴⁶ CABANAS, C., *Los mandos intermedios son una pieza clave en el proceso de comunicación*, Capital Humano núm. 174, 2004, pp. 37

⁴⁷ MARTRAC SANFELIU, F., *Mandos intermedios: receta contra el mal de altura*, Capital Humano, núm. 210, 2007, pp. 52

⁴⁸ GARCÍA SALAS, A. I., *Directivos y mandos intermedios en materia de seguridad y salud en el trabajo*, Sevilla, Mergablum, 2004, pp. 110

⁴⁹ En todo caso se trata de obligaciones modulables que dependen directamente del hecho de que se haya llevado a cabo sobre ellos una delegación de funciones con competencias concretas en prevención; cuando no es así, el mando intermedio realizará las funciones correspondientes al “ámbito de sus competencias”. En este último caso se estará más a la obligación de integrar la prevención en la cadena jerárquica, siendo la de supervisión y de transmisión de la información más residual. NAVAS-PAREJO ALONSO, M., *Obligaciones y Responsabilidades de los trabajadores en materia de seguridad y salud laboral*, op. cit., pp. 180-181

(art. 33 LPRL) sobre la forma de integrar la prevención están contribuyendo a su consecución. Estos trabajadores tienen una participación tan directa en materia de prevención que algunos autores han considerado que se trata de sujetos que forman parte de la fórmula organizativa de la empresa⁵⁰. Sin embargo, parece más razonable entenderlos fuera de ella por dos razones: la primera porque son sujetos que no tienen funciones técnicas sino que se trata de funciones de control de la actividad preventiva, de consulta y representación de los trabajadores en esta materia; la segunda razón es que no se trata de sujetos indispensables ya que, cuando se trata de microempresas o empresas pequeñas, esta figura puede no existir, a diferencia de lo que ocurre con la organización técnico preventiva que siempre y en todos los casos ha de existir aunque sea una organización muy sencilla.

1.2 Las limitaciones a la internalización y el consiguiente perjuicio a la integración de la prevención

Pese a los intentos del legislador por implicar a las empresas en la prevención de sus riesgos a través de la gestión con medios propios, ya sea con una fórmula organizativa interna, ya sea mediante la atribución de competencias a sujetos de la propia empresa, la gestión técnico-preventiva de las empresas sigue llevándose a cabo a través de medios externos. La regulación normativa favorecedora de esta situación y la conformación de un sector de negocio como consecuencia de tal situación son las razones por la que se limita el primero de los elementos configuradores del modelo organizativo y que, por tanto, no favorecen la integración de la prevención, en el entendido de que la opción por concertar las actividades preventivas con un servicio de prevención ajeno supone una fisura en la realización de la integración⁵¹ como parte del modelo de organización de la empresa.

1.2.1. La regulación favorecedora de la externalización de la prevención.

Si se podían encontrar referencias normativas respecto al uso de recursos internos para la organización preventiva, aún son más las existentes para el uso de los recursos externos; y ello no tanto en cantidad, que también, sino en cuanto al contenido y finalidad de esas normas que claramente permiten un enfoque de la organización

⁵⁰ MARDARÁS PLATAS, E., y MANZANO SANZ, F., *Gestión de la prevención. La quinta disciplina*, Boletín de Prevención de Riesgos Laborales, núm. 5, Tomo I, Parte Estudio, 2003 (versión electrónica); PARDO MONEDERO, M., *La organización de la prevención en la empresa: principios básicos de la acción preventiva*, Relaciones Laborales, núm. 10 y 11, 2003, pp. 249.

⁵¹ MOLINA NAVARRETE, C. y MOLINA HERMOSILLA, O., *La reforma del marco reglamentario de la gestión preventiva “de” y “en” la empresa: otra desenfocada y confusa intervención normativa (comentario sistemático del RD 604/2006, de 19 de mayo)*, Revista de Trabajo y Seguridad Social, núm. 281-282, pp. 92.

preventiva desde fuera de la empresa. En este sentido, hay que diferenciar dos tipos de normas, según favorezcan directamente o no el uso de los SPA. En cuanto a las primeras, hay que destacar el art. 12.2 RSP que establece la posibilidad de no tener que designar trabajadores encargados de la prevención cuando se recurra a otra modalidad preventiva, entre las que se encuentra el SPA; también se mueve en la misma línea el art. 15.2.4 RSP que permite acudir a un SPA cuando haya actividades preventivas que no sean asumidas por un SPP, lo que hace posible que, pese a tener que organizar la prevención con medios propios, éstos puedan ser los mínimos exigibles.

En cuanto a la regulación que de forma indirecta puede favorecer el uso de los SPA hay que destacar, por un lado, la del art. 21 RSP que permite la constitución de SPM que, aunque tengan naturaleza de SPP, funcionan como un SPA, por lo que puede quedar mermado (salvo que otra cosa se prevea en el acuerdo de constitución del SPM) el uso en cada empresa de medios internos; por otro lado, la relativa al régimen de auditorías obligatorias (arts. 29 a 32 RSP) para los casos de empresas que organizan la prevención con medios propios que suele ser una de las causas por las que los empresarios, que no estando obligados a tener un SPP, acuden mayoritariamente a un SPA como instrumento de organización. En tercer lugar, hay que añadir el hecho de que las empresas no puedan subcontratar de manera directa con entidades y profesionales cuando algunas actividades requieren conocimientos especiales o instalaciones de gran complejidad (art. 19 RSP) ya que sólo podrán hacerlo a través de los SPA. Esto es un arma de doble filo porque, por un lado, la imposibilidad de subcontratar, salvo con el SPA, puede llevar a la empresa a usar medios propios, sobre todo en aquellas que no sean especialmente peligrosas y/o complejas; pero, por otro, también conducir a la empresa al convencimiento de que, para evitar problemas derivados de las limitaciones a la externalización, la solución idónea es la subcontratación con el SPA, con la que se aseguran, al menos, el cumplimiento de esta obligación preventiva. Por último, la inseguridad jurídica que provoca la falta de regulación y desarrollo de los supuestos de trabajadores designados y de SPP y SPM, en contraposición con la concreción que se hace de los SPA⁵², también va a incidir en la decisión del empresario sobre su modelo de organización preventiva, potenciando el recurso a estos últimos.

⁵² Arts. 16 a 28 RSP; Orden TIN/2504/2010, de 20 de septiembre, por la que se desarrolla el Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención, en lo referido a la acreditación de entidades especializadas como servicios de prevención, memoria de actividades preventivas y autorización para realizar la actividad de auditoría del sistema de prevención de las empresas; Real Decreto 843/2011, de 17 de junio, por el que se establecen los criterios básicos sobre la organización de recursos para desarrollar la actividad sanitaria de los servicios de prevención.

1.2.2. La creación del mercado de los servicios de prevención y la mercantilización de la organización preventiva

Toda esta regulación ha llevado a la utilización de forma mayoritaria por las empresas de esta opción externa de organización de la prevención, lo que ha ido generando, a su vez, el nacimiento y crecimiento de un nuevo sector empresarial de creación legal: el de los SPA. Los SPA son empresas cuyo objeto empresarial es la prestación de servicios y realización de tareas y actividades de prevención para las empresas que los contratan. Estos SPA deberán prestar apoyo y asesoramiento a sus clientes pero, dado el fuerte contenido técnico de las actividades a realizar y su alto grado de especialización, estas entidades especializadas llevarán a cabo en muchas ocasiones de manera directa tales actividades. Así pues, se configuran como el instrumento habitual del empresario para el cumplimiento de las obligaciones preventivas.

Los SPA se caracterizan, en primer lugar, por ser empresas fuertemente intervenidas: *ex ante* por el sometimiento al proceso de acreditación que la ley impone en todo caso y sin excepción; y *ex post*, por el control de las autoridades laboral y sanitaria sobre el mantenimiento de las condiciones en las se acreditó, así como por el control ejercido por la propia Inspección de Trabajo y Seguridad Social. También por el cumplimiento de estrictos requisitos de constitución y funcionamiento como son los de contar con los recursos humanos y materiales establecidos específicamente a estos efectos (RD 843/2011 y Orden TIN/2504/2010), por la prohibición de tener vinculaciones comerciales financieras o de otro tipo con las empresas a las que se les presta el servicio de prevención, por la imposibilidad de hacer subcontrataciones de la actividad preventiva con otras empresas, o por la determinación normativa del contenido mínimo que debe tener el concierto preventivo (art. 20 RSP).

En todo caso, han sido la LPRL y su normativa de desarrollo las que han creado y permitido la existencia de un sector emergente del mercado de servicios, especializado en la prestación de las actividades de prevención. El problema es que, hasta momentos recientes, los SPA han sido empresas prestatarias de un servicio que ha quedado frecuentemente reducido al mero cumplimiento formal de las actividades preventivas, con el consiguiente menoscabo de la función preventiva⁵³. De ser así, el mercado de los servicios de prevención se habría apartado de la función social asignada para convertirse, de manera general, en un servicio mercantil cuya finalidad central única se ha convertido en la obtención de un beneficio⁵⁴. Varias han sido las causas que han

⁵³ Informe elaborado por la Inspección Provincial del trabajo y seguridad Social de Barcelona tras la Campaña de control realizada en los años 2003 y 2005 sobre los servicios de prevención, en línea: <http://www.istas.ccoo.es/descargas/INFORME%20%20SPA.pdf> Con el mismo objetivo de control existe en la actualidad una campaña iniciada en 2014 de la Inspección Provincial de la Comunidad de Madrid analizando el régimen de funcionamiento y las deficiencias de los SPA.

⁵⁴ MOLINA HERMOSILLA, O., *El papel de las Sociedades de Prevención en el mercado de los Servicios de Prevención*, Murcia, Laborum, 2008, pp. 46-47.

llevado a una situación en la que la mercantilización de los servicios de prevención⁵⁵ ha provocado una merma de su función con una disminución clara de la calidad de los servicios que tiene que prestar.

La primera de las razones ha sido, precisamente, la propia consideración de que la internalización de la prevención no sólo no era legalmente necesaria, por los propios términos en los que se han redactado las normas de prevención, sino que, además, era demasiado costosa en términos económicos para las empresas. La segunda de las razones es la propia desregulación y la falta de previsiones legislativas específicas de estos SPA, que han permitido, por un lado, que estas entidades hayan actuado con un amplio margen de maniobra, y, por otro, que las comunidades autónomas hayan podido regular los SPA según sus criterios, lo ha dado lugar, en muchas ocasiones, a la acreditación de servicios ajenos poco fiables desde el punto de vista de la prevención de riesgos. La tercera de las causas ha sido la fuerte competencia generada por las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, primero, y por las Sociedades de Prevención, después. Situación que también ha contribuido, como se verá a continuación, a una disminución considerable de la calidad de los servicios prestados. Todo ello, pone de manifiesto el fracaso del legislador de prevención tanto en lo que se refiere a la determinación de la organización preventiva, como en su finalidad última de garantizar la salud y seguridad de los trabajadores⁵⁶. Algunas de estas situaciones han tratado de ser solucionadas por recientes modificaciones a las que se aludirá a continuación y a lo largo de todo el trabajo.

A) El mercado de los servicios de prevención: Situación actual y posibilidades de futuro.

Durante muchos años y hasta la actual desaparición de las Sociedades de Prevención como entidades de las Mutas, el reparto del mercado de los servicios de prevención era del 65% para las Sociedades de Prevención, y del 35% para los SPA⁵⁷. La crisis de este sector como consecuencia de varios factores como han sido: la desaparición de un importante tejido empresarial, la menor rentabilidad de la actividad por ajuste de los

⁵⁵ MOLINA NAVARRETE, C., “Servicios de Prevención”, en MONEREO PEREZ, J. L. (Dir.), *Comentario a la Ley de Prevención y sus desarrollos reglamentarios*, Granada, Comares, 2004, pp. 333-351.

⁵⁶ MOLINA HERMOSILLA, O., *El mercado de los servicios de prevención: la búsqueda del difícil equilibrio entre el cumplimiento de una función social y la obtención de un beneficio empresarial*, Revista de Derecho Social, núm. 48, 2009, pp. 134-143.

⁵⁷ Datos presentados por ASPRECAT (Asociación Catalana de Entidades Preventivas Acreditadas) en una presentación realizada entre ASPRECAT y la Oficina de PRL de Fomento del Trabajo de Cataluña sobre la nueva distribución del mercado de operadores de PRL basada en un informe elaborado por esta asociación en junio de 2015: <http://www.asprecat.org/es/infografia-sobre-la-nueva-distribucion-del-mercado-de-operadores-de-prl/>

precios y al endurecimiento de los requisitos de acreditación de los SPA especialmente, debido a la obligatoriedad de asumir la vigilancia de la salud, han hecho que un importante número de SPA hayan dejado de prestar servicios y que se haya producido una compleja etapa de cambios y de reordenación del sector⁵⁸. A ello habría que añadir la importante competencia desleal a la que ha estado sometido el sector como consecuencia de la actuación de las Sociedades de Prevención dependientes de Mutuas.

La actuación de las Sociedades de Prevención se ha basado en una actividad preventiva fuertemente competitiva que, usando recursos de las Mutuas, utilizando información privilegiada y buscando el establecimiento de otro tipo de relaciones comerciales, se ha apoyado en la oferta de servicios preventivos por debajo de su coste. Por otro lado, y como consecuencia de la fuerte desregulación inicial, los SPA han llevado a cabo algunas actuaciones inadecuadas como han sido la de tener menos personal que el realmente necesario para prestar los servicios de todas las empresas que los contrataban, el compromiso de la prestación de servicios de prevención sin contar realmente con los medios materiales y la capacidad adecuada para llevarlos a cabo, el establecimiento de precios inferiores al coste de los servicios lo que ha repercutido negativamente en su calidad, la realización de otras ofertas de productos y la utilización de la prevención para la concertación de otras actividades, lo que implica una vulneración de la normativa reguladora de los SPA en cuanto a la prohibición de vinculaciones comerciales, financieras o de otro tipo con las empresas a las que prestan sus servicios (art. 17.1 c) RSP.

Ante estas circunstancias, el legislador ha intervenido con el objetivo de mejorar la situación del sector. La Ley 25/2009 de 22 de diciembre de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley 17/2009 sobre el libre acceso a actividades de servicio y su ejercicio, que traspone al ordenamiento español la Directiva 2006/123/CEE de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, viene a modificar, entre otras, la regulación de los SPA, introduciendo nuevos requisitos y el cumplimiento de determinadas condiciones para ejercer su actividad. Pese a tratarse de la normativa que consolida los principios regulatorios compatibles con las libertades básicas de establecimiento y de libre prestación de servicios y que permite la supresión de las barreras y reducir las trabas que restringen injustificadamente el acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, se pone énfasis en los instrumentos de intervención de las Administraciones Públicas que, en todo caso, deberán ser conformes con los principios de no discriminación, de

⁵⁸ Sobre la situación actual del sector se puede ver el reciente Informe elaborado por el Grupo Preving sobre la Evolución y nuevos horizontes del sector de la prevención de riesgos laborales, de 19 de octubre de 2015, en línea: <http://www.preving.com/index.php/actualidad/los-expertos-de-preving/item/588-evoluci%C3%B3n-y-nuevos-horizontes-del-sector-de-la-prevenci%C3%B3n-de-riesgos-laborales-i.html>

justificación de la intervención por razones imperiosas de interés general (en este caso de la vida y la integridad física de los trabajadores), y de proporcionalidad. Lo que sí genera esta regulación es la apertura de las posibilidades de los SPA para actuar en el mercado europeo lo que significa que estas entidades podrán buscar nuevas opciones de negocio en aquellos países donde las entidades externas actúen de manera algo similar a como lo hacen en España (Portugal, Grecia e Italia), o en aquéllos en los no existe tal mercado de servicios, de forma que pudieran ofrecer servicios como gestión mejorada de su actividad preventiva (Alemania o Reino Unido)⁵⁹.

Pero no sólo se ha intentado cambiar las cosas a través de la norma, sino que los distintos agentes que intervienen en la mejora de la prevención también han participado en la búsqueda de soluciones a la situación del sector de los SPA. Así, tras la realización por expertos de algunos estudios sobre la calidad de los servicios de prevención⁶⁰ y sobre buenas prácticas profesionales en actividades preventivas⁶¹, se ha elaborado la Guía para la mejora de la eficacia y calidad de las actuaciones de los SPA. Criterios de calidad del servicio⁶² que sirven de instrumento, aunque no sea vinculante, para establecer los ratios, orientar las actuaciones y analizar y ordenar las actividades desarrolladas.

El problema de la calidad es su propia definición y su medición en el ámbito de los servicios de prevención. En relación con su definición, la calidad debe entenderse como la forma correcta de cumplir la Ley de forma que sea exigible a cualquier

⁵⁹ SEMPERE NAVARRO, A. V., y CARDENAL CARRO, M., *Trasposición de la Directiva Marco de Seguridad Laboral en diferentes países de la Unión Europea*, op. Cit., pp. 103-107; VALENZUELA DE QUINTA, E., *Modelos de organización de la actividad preventiva en Europa*, La Mutua, Revista Técnica de Salud laboral y Prevención, núm. 11, 2004, pp. 87-99; CANTONNET JORDI, M^a. L., *Los servicios de prevención en al Unión Europea*, Revista Gestión Practica de Riesgos Laborales, núm. 44, 2007, (versión electrónica); EPELMAN, M., *Código de Buenas Practicas de los servicios de prevención en Europa*, ponencia presentada en el III Foro Istas de Salud Laboral, celebrado en Mallorca los días 27 a 29 de noviembre de 2002, publicado en línea: <http://www.istas.net/web/abreenlace.asp?idenlace=1450> ; Más reciente, hay que traer a colación el estudio realizado por CEOE y la Fundación para la Prevención de riesgos laborales “*Estudio de Benchmarking sobre prevención de riesgos laborales: aplicación de la Directiva Marco en los Estados Miembros de la UE*”, publicado en 2012 en línea: http://contenidos.ceoe.es/PRL/var/pool/pdf/prl-IF-BENCH-AD_0010_2011.pdf

⁶⁰ BOIX, P. (coord.), *Informe sobre la calidad de los Servicios de Prevención en España*, Observatorio de Salud Laboral, ISTAS, Unión de Mutuas y Universidad Pompeu Fabra, 2008, en línea: http://www.upf.edu/cisal/_pdf/qsp_informe.pdf

⁶¹ BOIX, P. y RODRIGUEZ DE PRADA, A (coords.), *Criterios de buena práctica profesional en actividades preventivas*, INSHT, 2011, en línea: <http://www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Documentacion/PUBLICACIONES%20PROFESIONALES/CBP%20TEXTO.pdf>

⁶² Guía publicada en marzo de 2012, en línea: <http://www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Normativa/GuiasTecnicas/Ficheros/GuiaCriteriosCalidad.pdf>

servicio y constituya una condición indispensable para la acreditación⁶³. En relación con la medición, debe tenerse en cuenta, por un lado, los procedimientos y resultados realizados y obtenidos de la actuación del servicio y, por otro, debe atenderse a la percepción y nivel de satisfacción, no sólo de la empresa cliente sino también de los representantes, de los encargados de la prevención dentro de la empresa y del común de los trabajadores de la misma. Para establecer criterios de calidad hay que tener en cuenta que la materialización de las actividades preventivas del SPA se realiza en forma de dictámenes, consejos, informes, etc., con el fin de que se tomen decisiones dentro de la empresa siguiendo tales directrices que repercuten en la mejora de las condiciones de seguridad y salud de los trabajadores. Precisamente, una buena parte de los criterios determinados en la Guía del INSHT se basan en la ayuda de los SPA a la integración de la prevención en las empresas, considerándose que para que la actividad preventiva sea eficaz tiene que desarrollarse en la empresa y sólo se pedirá colaboración externa cuando se necesite en razón a la especialización.

En la actualidad, el mercado de los servicios de prevención se caracteriza por estar sufriendo un importante y profundo cambio. Esto se ha debido a dos razones fundamentalmente. La primera, es el cumplimiento de las nuevas condiciones impuestas por el RD 337/2010, de 19 de marzo, el RD 843/2011, de 17 de junio y la Orden TIN/2504/2010, de 20 de septiembre, en cuanto a la necesaria interdisciplinariedad de los SPA teniendo que acreditarse en las cuatro especialidades para poder actuar en el mercado, y la adaptación a los nuevos criterios sobre recursos humanos y materias en todas esas especialidades; así pues, se regulariza a través de la normativa un mercado que necesita de la intervención del legislador. La segunda, es la desaparición de las sociedades de prevención de las Mutuas con la entrada en vigor de la Ley 35/2014 mediante la cual se obliga a las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales a vender o liquidar las sociedades de prevención a fecha de 30 de junio de 2015⁶⁴.

⁶³ La definición de calidad debe entenderse así, ya que si se optara por un concepto de calidad como algo que va más allá de la Ley su cumplimiento debe considerarse una opción voluntaria e individual adoptada sólo por determinados SPA, y esto no parece que sea compatible con la función que todos los SPA deben cumplir sin excepciones. BOIX, P. (coord.), *Informe sobre la calidad de los Servicios de Prevención en España*, op. Cit., pp. 39. La seguridad y salud de los trabajadores como bien jurídico protegido no puede admitir que la calidad prestada por los servicios para proteger ese bien dependa de la opción voluntaria de cada SPA.

⁶⁴ Disposición Transitoria 3ª de la Ley 35/2014, de 26 de diciembre por la que se modifica el texto refundido de la LGSS en relación con el régimen jurídico de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales.

B) El extinguido mercado de la prevención de las Mutuas: Las sociedades de prevención como mecanismo de organización externa de la prevención.

Durante años la organización de la prevención externa en las empresas ha sido una actividad compartida por las Mutuas a través de sus Sociedades de Prevención, y los servicios de prevención pero la situación ha ido cambiando desde la publicación de la LPRL hasta la actualidad. La actuación de las Mutuas como servicios de prevención se debe analizar en varios momentos, todos ellos relacionados con la publicación de la normativa en prevención: el art. 32 LPRL, el art. 22 RSP, y el RD 688/2005, de 10 de junio, por el que se regula el régimen de funcionamiento de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales como servicios de prevención ajenos, en el que aparece por primera vez una nueva figura diferenciada de las mutuas, las sociedades de prevención; la Disposición Final sexta de la Ley 32/2010, de 5 de agosto, por la que establece un sistema específico de protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos; y, por último, la Ley 35/2014, de 29 de diciembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social en relación con el régimen jurídico de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social

Como se sabe, las Mutuas son asociaciones voluntarias de empresarios con la finalidad de afrontar mancomunadamente los riesgos derivados de la actividad profesional de sus trabajadores, colaborando por tanto en este ámbito con la Seguridad Social⁶⁵. Sin

⁶⁵ Así lo establecía el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, en su art. 68 establece que: “*Se considerarán mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social las asociaciones debidamente autorizadas por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales que con tal denominación se constituyan, sin ánimo de lucro y con sujeción a las normas reglamentarias que se establezcan, por empresarios que asuman al efecto una responsabilidad mancomunada y con el principal objeto de colaborar en la gestión de la Seguridad Social, sin perjuicio de la realización de otras prestaciones, servicios y actividades que le sean legalmente atribuidas*” y que actualmente es el art. 80 del RD Legislativo 8/2015 del 30 de octubre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social y que establece que serán Mutuas: *las asociaciones privadas de empresarios constituidas mediante autorización del Ministerio de Empleo y Seguridad Social e inscripción en el registro especial dependiente de este, que tienen por finalidad colaborar en la gestión de la seguridad social, bajo la dirección y tutela del mismo, sin ánimo de lucro, y asumiendo sus asociados responsabilidad mancomunada en los supuestos y con el alcance establecido en esta ley*”. Encuentra también su definición en el RD 1993/1995 de 7 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre colaboración de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, en cuyo art.2 se establece que: “*Las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales son asociaciones empresariales que, debidamente autorizadas por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social y con tal denominación, se constituyan con el objeto de colaborar, bajo la dirección y tutela de dicho Ministerio, en la gestión de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales del personal a su servicio, sin ánimo de lucro (...) y asumir la cobertura de la prestación económica por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes del personal al servicio de los empresarios asociados (...)*”.

embargo, esas funciones, estrechamente relacionadas con la protección reparadora de las consecuencias de los accidentes de trabajo y de la enfermedad profesional, quedaron ampliadas por la LPRL, cuyo art. 32 indicaba que las Mutuas podrían desarrollar, para las empresas a ellas asociadas, las funciones correspondientes a los Servicios de Prevención Ajenos (SPA) que se definen en el artículo 31.3 de la misma Ley. El hecho de que esta norma concediera esta posibilidad a las Mutuas fue consecuencia de la experiencia acumulada durante años por las Mutuas en el desarrollo de actividades preventivas debido a la extensión de su actividad desde la mera reparación del daño a la de la prevención del mismo, y de la necesidad de garantizar, al menos de forma inicial, la existencia de servicios de prevención mínimamente fiables como una opción de modalidad preventiva, ya que, en el momento de la aprobación de la LPRL, estos servicios no existían como tales.

La Disposición Transitoria Segunda de la misma LPRL indica que *“en tanto se aprueba el Reglamento regulador de los Servicios de Prevención de Riesgos Laborales (RSP), se entenderá que las Mutuas cumplen el requisito previsto en el artículo 31.5 de la presente Ley”*. De esta manera, cualquier tipo de control y acreditación quedaba suspendido hasta la aprobación del que sería el RSP, presumiendo que las Mutuas cumplían los requisitos. Como consecuencia de esta Disposición y de que la propia exposición de motivos de la Ley hacía alusión a la eventual participación de las Mutuas como servicios de prevención, podía entenderse que una vez aprobado el RSP, serían los SPA los que se encargarían de las actividades preventivas como modalidad externa, y que las Mutuas sólo actuarían como tales servicios de prevención de manera limitada en el tiempo, como una fórmula transitoria hasta que se pudieran crear y estructurar esas empresas. No obstante, la realidad fue muy diferente. Ante la incertidumbre creada, las Mutuas no comenzaron su actividad como SPA hasta la entrada en vigor del RSP, casi dos años después de la entrada en vigor de la LPRL. Y por otro parte, el art. 22 del RSP vino a afianzar la actividad de las Mutuas como entidades que podían prestar los servicios de prevención para lo que tuvieron que cumplir los mismos trámites y requisitos que se fijaron para los SPA, en el capítulo IV “Acreditación de entidades especializadas como servicios de prevención ajenos a las empresas”, del RSP (solicitud de acreditación, autoridad competente, procedimiento de acreditación, etc.).

Casi al mismo tiempo se publicó la Orden Ministerial el 22 de Abril del 1997, a través de la cual se establece y regula el régimen de funcionamiento de las Mutuas en el desarrollo de las actividades de prevención de riesgos laborales. En el art.1 de esta Orden se diferenciaron los dos tipos de actividades preventivas que podían realizar las Mutuas. Por un lado, podrían llevar a cabo las actividades preventivas comprendidas en la cobertura de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, de acuerdo con lo establecido en el actual art. 80 de la LGSS, algo que sigue siendo competencia de las Mutuas; y, por otro, las actividades correspondientes

a las funciones de Servicios de Prevención Ajenos respecto de sus empresarios asociados. Así pues, para el desarrollo de sus actividades como SPA, se les permitía a las Mutuas el uso de recursos humanos y materiales de la Seguridad Social, si bien pagando una contraprestación a la misma (art. 10 de la Orden de 22 de abril de 1997). A este fin, y con la finalidad de establecer la efectividad de la contraprestación, la Resolución de 22 de diciembre de 1998, de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social, que será posteriormente derogada por la Resolución de 28 de diciembre de 2004, de la misma Secretaría, se fijaron criterios para la compensación de costes prevista en el art. 10 de la Orden de 22 de abril del 1997. Por fin, y de esta manera se consigue que en 1998 comiencen finalmente a funcionar los primeros SPA de las Mutuas.

Sin embargo, el desarrollo por las Mutuas de la actividad como SPA con la utilización compartida de medios planteó dificultades a la hora de controlar dicho uso y la compensación establecida, además de restringir la libre competencia en la medida en que el uso de dichos medios suponía privilegiar su situación en el mercado de servicios de prevención frente a otros servicios de prevención independientes de las Mutuas. Tras los Informes del Tribunal de Cuentas y de la Intervención General de la Seguridad Social que indicaron que la utilización compartida de medios de la Seguridad Social dificultaba considerablemente el control financiero de estas entidades, se elabora el RD 688/2005 del 10 de junio, que concedió varias alternativas a las Mutuas que ejercían en aquellos momentos también como SPA. En primer lugar, se les permitía continuar su actividad como SPA a través de una sociedad anónima o de responsabilidad limitada, denominada sociedad de prevención, persona jurídica distinta de la Mutua pero vinculada a esta. En segundo lugar, se les dio la posibilidad de llevar a cabo directamente la actividad preventiva como un SPA pero completamente separada de las Mutuas; y por último se les permitía el cese en la prestación del Servicio de Prevención Ajeno.

Las opciones que eligieron en esos momentos las mutuas fueron, bien cesar su actividad como SPA, bien continuarla pero ahora como sociedades de prevención. A partir de ese momento, las funciones establecidas en el art. 31.3 LPRL fueron llevadas a cabo únicamente por los SPA o por las llamadas Sociedades de Prevención, pero en ningún caso a través de las propias Mutuas. A ello hay que añadir que con la Ley 32/2010, de 5 de agosto, se modifica el art. 32 LPRL para lo cual se elabora la Resolución de 5 de noviembre de 2010, de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, por la que se dictan instrucciones a las Mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social en relación con la aplicación del artículo 32 de la LPRL, entre las cuales se establece la posibilidad de que las Sociedades de Prevención presten sus servicios a cualquier empresa aunque la misma no esté asociada a la Mutua titular del capital social de la sociedad de prevención. Algo que no se permitía hasta entonces ya que las Mutuas sólo podían

prestar servicio de prevención a las empresas asociadas, algo que no se entendía si se parte de la base de que la Sociedad de Prevención ya actuaba, supuestamente, de una manera independiente de la Mutua a la que estaba vinculada.

Finalmente la Ley 35/2014, de 29 de diciembre, ha dado lugar a uno de los hechos más relevante en el sector de la prevención de riesgos laborales en los últimos años al establecer su Disposición Transitoria Tercera que las Sociedades de Prevención de las Mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades debían ser vendidas en su totalidad antes del 30 de junio de 2015, teniendo como plazo hasta el 31 de marzo de 2015 para presentar propuestas de venta y que, en caso de no ser vendidas por no ser interesantes para ningún comprador, entrarían en causa de disolución. Esta nueva Ley de Mutuas, y lo que conlleva respecto a la venta de las participaciones de sus Sociedades de Prevención, responde a una demanda que, desde el ámbito de los operadores privados, es decir de los SPA, se ha venido reclamando desde hace tiempo. Parece, a priori que se trata de una modificación legal justa y que armoniza la doctrina legal de la Unión Europea sobre libertad de mercado y de operadores⁶⁶.

Dos han sido los detonantes que han llevado a la aprobación del legislador de esta Ley. En primer lugar la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2014 (R°. 1195/2011, sala Contencioso-Administrativa). En segundo lugar, la denuncia presentada por la Asociación ANEPA y ASPA en 2014 ante la Dirección General de la Competencia de la Comisión Europea. Estas dos actuaciones han sido los elementos que han llevado y acelerado el proceso de publicación de la norma. A eso hay que añadir los constantes Informes del Tribunal de Cuentas⁶⁷, donde se reflejan claramente los problemas administrativos que se han producido en algunas de las Mutuas durante periodos determinados sin que los propios organismos de control de estas entidades hiciesen, aparentemente, absolutamente nada. En la Sentencia del Tribunal Supremo, de 4 de marzo de 2014, se admite claramente que, desde el año 2002 al 2005, las Mutuas cometieron actos de competencia desleal en el sector de los servicios de

⁶⁶ FUERTES LÓPEZ, J., Unidad de Mercado y actividad administrativa. Una aproximación a la Ley 20/2013, de 9 de diciembre de garantía de unidad de mercado, Revista de Derecho Local, 1 de diciembre de 2013, 2013 (versión electrónica); LEÓN SANZ, F. J., La garantía de la unidad de mercado, ICE, núm. 871, 2013, pp. 35-45.

⁶⁷ Informe de fiscalización del inmovilizado no financiero de las Mutuas con especial referencia al proceso de segregación de los servicios de prevención ajenos, publicado el 28 de noviembre de 2014. La fiscalización se refiere a 2012, en relación con las comprobaciones sobre el inmovilizado no financiero, y los ejercicios 2010 y 2011, en lo referente a la definitiva segregación de los servicios de prevención ajenos de las mutuas, aunque se ha analizado desde que se inició el proceso de segregación, en el año 2005. en línea: <http://www.tcu.es/tribunal-de-cuentas/es/sala-de-prensa/news/aprobado-el-informe-de-fiscalizacion-del-inmovilizado-no-financiero-de-las-mutuas-de-accidentes-de-trabajo-y-enfermedades-profesionales-de-la-seguridad-social-con-especial-referencia-al-proceso-de-segregacion-de-los-servicios-de-prevencion-ajenos-00002/>

prevención privados⁶⁸, cuantificándose los costes que ello tuvo para la propia Administración cifrándolos en más de sesenta millones de euros⁶⁹. Por tanto, y pese a la numerosas modificaciones normativas sobre esta materia que se han dirigido fundamentalmente a la separación de la actividad de las Mutuas como servicio de prevención en relación a su funcionamiento como colaboradora con la Seguridad Social, precisamente para evitar que se hiciera uso de los recursos de las Mutuas como entidades de la Seguridad Social, la experiencia finalmente ha demostrado que esto no se ha llevado a cabo, ni siquiera a través de los mecanismos de control que se establecieron. Cuestión que precisamente desemboca en la actual situación de las ya extintas Sociedades de Prevención.

En el momento actual ya se ha procedido a la venta de las sociedades de prevención de las Mutuas, pero no parece que se haya tratado de un proceso carente de problemas. Los SPA y los agentes sociales implicados pedían que esta nueva realidad fuera lo más transparente posible y supervisada por los organismos de control de la Seguridad Social, garantizando que sólo las mejores ofertas y las más viables fueran las que efectúen la compra, entendiendo la mejor oferta no sólo en términos económicos sino de calidad, de mantenimiento de puestos de trabajo, de mantenimiento de la PRL como actividad principal y no como complemento comercial de otras, etc. Sin embargo, el grupo IDC Salud ha adquirido la sociedad de prevención Fraternidad y MC Mutua, en primer lugar, Mutua Universal, después, y, por último, la Sociedad de Prevención de Fremap, logrando así, aproximadamente un 30% del mercado. Los sindicatos más representativos, disconformes con los resultados, han puesto de manifiesto que IDC desconoce el sector de la prevención de riesgos y que, en todo caso, debería estar intervenido por la Seguridad Social y la Auditoría General del Estado por afectar a la seguridad y salud de los trabajadores. Por su parte, Ibermutuamur ha vendido su Sociedad de Prevención a Inverprem, Mutualia lo ha hecho a IMQ (Igualatorio Médico Quirúrgico), y el grupo PFA ha comprado Spril, Previmat y Laborsalus. Otras sociedades han sido adquiridas por los propios Directivos como Asepeyo, o por los propios mutualistas como Umivale o Unimat Prevención.

Siendo esta la situación, y a la espera de ver la evolución de lo que puede ocurrir a partir de ahora con el nuevo panorama del mercado de los SPA, sí que cabe hacer una serie de apreciaciones a la vista de lo acontecido hasta el momento. En primer lugar, es comprensible que se hayan autorizado las compras de las Sociedades de Prevención teniendo en cuenta la necesidad urgente de sanear económica y financieramente a estas

⁶⁸Dejando de paso, en muy mala situación a la propia Comisión Nacional de la Competencia, que siendo informada a través de la preceptiva denuncia, no realiza las instrucciones precisas para conocer y acabar con estas prácticas desleales.

⁶⁹Según la sentencia, las Mutuas "tomaron prestados" de la Administración alrededor de setenta y dos millones de euros para las Sociedades de Prevención.

entidades y el corto plazo que la Ley ha dado para ello. No hay que olvidar que la otra opción hubiera sido la de liquidar tales sociedades con los perjuicios que ello podría haber ocasionado, sobre todo, desde el punto de vista de las masivas extinciones de contratos que se tendrían que haber articulado. En segundo lugar, se plantea una duda desde el punto de vista estrictamente preventivo, relacionada con la compatibilidad entre la nueva línea de negocio que se les abre a algunos operadores, y la calidad que tienen que ofrecer en el servicio que tienen que prestar en materia de prevención de riesgos laborales. Lo que inevitablemente lleva a ciertas actuaciones. Por un lado, habría que realizar una comprobación sobre las condiciones en las que se acreditó la Sociedad de Prevención y si se mantienen con los nuevos propietarios, procediendo, en su caso, al cumplimiento y adaptación de los nuevos servicios de prevención a la normativa sobre requisitos de funcionamiento de los SPA; aunque no parece que se deba obligar a estos SPA a pasar un nuevo proceso de acreditación ya que lo único que se ha producido es un cambio de propietario o socio. Sólo el que se hayan fusionado varias Sociedades de Prevención en un único SPA dará lugar a la comprobación del cumplimiento de tales requisitos y al requerimiento en este sentido por parte de la Autoridad Laboral y la Autoridad Sanitaria, en caso de que fuera necesario (art. 26 RSP). Por otro lado, se podrían plantear algunos problemas entre esos nuevos socios y la regla de la incompatibilidad prevista en el art. 17. 1 c) RSP (algo que ya era de aplicación también para las Sociedades de Prevención de las Mutuas según el art. 13. 3 f) RD 1991/1995, de 7 de diciembre, según la redacción del RD 688/2005, de 10 de junio). El RSP determina la imposibilidad de que los SPA tengan vinculaciones comerciales, financieras o de otro tipo con las empresas con las que hayan suscrito un concierto preventivo en la medida en que ello puede afectar a su independencia e influir en el resultado de sus actividades. De forma que, puesto que los SPA no pueden realizar otras actividades o negocios con las empresas con las que tienen un concierto preventivo, los nuevos socios o titulares de los SPA deberán tener especial cuidado con esta limitación ya que no podrán actuar en el mercado con absoluta libertad, tal y como hacen con sus otras líneas de negocio.

Por último, no hay que olvidar que pese a que las actividades preventivas como SPA hayan quedado completamente ajenas a las Mutuas, éstas siguen manteniendo la realización de una planificación periódica de actividades preventivas de la Seguridad Social (art. 80.2 a) LGSS y Orden TAS/3623/2006, de 28 de noviembre de 2006, por la que se regula las actividades preventivas que pueden desarrollar las Mutuas). La Secretaria de Estado de la Seguridad Social establece los criterios y prioridades a los que se deben ajustar las Mutuas para el desarrollo de tales actividades y establece anualmente un Plan de Actividades Preventivas Generales para todas las Mutuas que después cada una debe concretar presentando un Plan Individualizado ante la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, especificando los sectores y empresas a los que van dirigidos, el número de trabajadores afectados y el coste

previsto para cada actividad⁷⁰. Además, las Mutuas quedan habilitadas para realizar actividades preventivas para el control y reducción de los Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, lo que las lleva a realizar actividades de asesoramiento en prevención de riesgos laborales a las empresas a ellas asociadas y a los trabajadores autónomos adheridos, así como actividades de investigación y desarrollo dirigidas a la reducción de las contingencias profesionales. Puesto que estas actividades preventivas de las Mutuas tienen como misión fundamental reducir el número de accidentes y enfermedades profesionales, es claro que, además de su aportación a la prevención de riesgos, sus actividades preventivas pueden tener un impacto favorable en la producción de accidentes y en el coste de las prestaciones, contribuyendo con ello a la sostenibilidad económica de las propias Mutuas, de las empresas y del propio Sistema de Seguridad Social⁷¹.

Por tanto, y pese a que las Mutuas ya no pueden actuar como SPA, sí que siguen manteniendo ciertas competencias y funciones en el ámbito de la prevención de riesgos laborales. Lo que es lógico por cuanto se trata de entidades colaboradoras con la Seguridad Social cuyo objeto, entre otros, es el de la gestión de las prestaciones económicas y de asistencia sanitaria y rehabilitadora de las contingencias de accidente de trabajo y enfermedades profesional.

2. EL ELEMENTO DE LA PREFERENCIA EN LA DETERMINACIÓN DEL MODELO DE ORGANIZACIÓN EN LA EMPRESA

Si la integración de la prevención conducía necesariamente a poner en valor un modelo de organización a través de medios y recursos internos, entonces el segundo elemento que configura este modelo de organización debe ser necesariamente la preferencia o prioridad de unas opciones organizativas sobre otras. Esto significaría en esencia que no puede existir una libertad absoluta del empresario en la determinación de la fórmula organizativa de la prevención dentro de la empresa y que el empresario debe atender a una jerarquía de opciones que en todo caso debe respetar. A continuación se va a analizar, en primer lugar, la existencia o no de esa jerarquía legal de fórmulas organizativas y su determinación en las normas de prevención; y, en segundo lugar, se hará referencia al criterio de flexibilidad en la elección de las fórmulas que hace que se difumine la preferencia que debe regir el modelo.

⁷⁰ La Disposición Adicional 5ª de la Ley 35/2014 establece que “el gobierno, en el plazo de 3 años, presentará en el Congreso de los Diputados un Informe de evaluación de la gestión de las Mutuas a efectos de determinar si las funciones que tienen asignadas se están ejecutando con eficiencia...”.

⁷¹ En el Informe presentado en octubre de 2013 sobre “La actividad de prevención de riesgos laborales de las Mutuas como factor clave de la competitividad empresarial y de una seguridad social dinámica” se establecía que por cada euro invertido por las Mutuas en prevención estas ahorran 4€ y las empresas 29,99€ de gasto derivado de la pérdida de horas de producción, en línea: www.amat.es/Ficheros/15080.pdf

2.1 Las directrices de la Unión Europea sobre la organización de la prevención de riesgos laborales

La organización preventiva que predomina en las empresas españolas, y que desemboca en el modelo preventivo actual, no fue el diseñado por el art. 7 de la Directiva 89/391/CEE⁷², ni tampoco el modelo que la LPRL “parece” que quería establecer. Y se dice “parece”, porque la LPRL hace una copia literal de algunos párrafos de ese art. 7, por lo que la intención del legislador pudo ser la de establecer el mismo modelo. Sin embargo, y como se verá ahora, el resultado obtenido se aleja, en ciertos aspectos de los criterios básicos que el legislador comunitario quiso imponer.

La Directiva Marco prioriza el uso de recursos propios sobre los servicios externos⁷³. La intención del legislador europeo era establecer un uso prioritario de recursos

⁷² PÉREZ DE LOS COBOS, F., *La Directiva Marco sobre medidas de seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo y la adaptación al ordenamiento español*, Relaciones Laborales, núm. 8, 1991, pp. 48 y ss.

⁷³ Art. 7 Directiva Marco: Servicios de protección y de prevención: 1. Sin perjuicio de las obligaciones contempladas en los artículos 5 y 6, el empresario designará uno o varios trabajadores para ocuparse de actividades de protección y de actividades de prevención de los riesgos profesionales de la empresa y/o del establecimiento. 2. Los trabajadores designados no podrán sufrir un perjuicio derivado de sus actividades de protección y de sus actividades de prevención de los riesgos profesionales. Con el fin de que puedan cumplir las obligaciones resultantes de la presente Directiva, los trabajadores designados deberán disponer de un tiempo apropiado. 3. Si las competencias en la empresa y/o establecimiento son insuficientes para organizar dichas actividades de protección y de prevención, el empresario deberá recurrir a competencias (personas o servicios) ajenas a la empresa y/o al establecimiento. 4. En el caso de que el empresario recurra a dichas competencias, las personas o servicios de que se trate deberán ser informadas por el empresario sobre los factores de los que se sabe o se sospecha que tienen repercusiones en la seguridad y la salud de los trabajadores y deberán tener acceso a las informaciones mencionadas en el apartado 2 del artículo 10. 5. En todos los casos: - los trabajadores designados deberán tener la capacidad necesaria y disponer de los medios necesarios; - las personas o servicios exteriores consultados deben tener las aptitudes necesarias y disponer de los medios personales y profesionales necesarios; - los trabajadores designados y las personas o servicios exteriores consultados deberán constituir un número suficiente, para hacerse cargo de las actividades de protección y de prevención, teniendo en cuenta el tamaño de la empresa y/o del establecimiento y/o de los riesgos a que están expuestos los trabajadores, así como su distribución en el conjunto de la empresa y/o del establecimiento. 6. La protección y la prevención de los riesgos para la seguridad y la salud que son objeto del presente artículo se garantizarán por uno o varios trabajadores, mediante un solo servicio o mediante servicios diferentes, ya sea(n) interno(s) o externo(s) a la empresa y/o establecimiento. El (los) trabajador(es) y/o el (los) servicio(s) deberán colaborar cuando sea necesario. 7. Habida cuenta el carácter de las actividades y el tamaño de la empresa, los Estados miembros podrán definir las categorías de empresas en las cuales el empresario, si tiene las capacidades necesarias, podrá asumir personalmente las funciones previstas en el apartado 1. 8. Los Estados

propios de la empresa⁷⁴, y así queda reflejado también en las Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) que han tenido ocasión de manifestarse al respecto, en algunos de sus pronunciamientos precisamente en torno a esta cuestión⁷⁵. El caso más evidente es el de los Países Bajos respecto del cual la Comisión remitió el asunto al TJCE que dictó Sentencia el 22 de mayo de 2003 (Asunto C-441/01, Comisión contra los Países Bajos). El conflicto residía en que la legislación de transposición de los Países Bajos, a juicio de la Comisión, no establecía una jerarquía entre las distintas opciones que enumera, de forma que el “[...] *empresario dispone de una amplia libertad de elección entre la organización interna y la organización externa de las actividades de protección y de prevención de los riesgos profesionales, mientras que la Directiva no le permite tal elección, sino que jerarquiza ambas soluciones en función de un criterio objetivo, a saber, la presencia o la ausencia en la empresa y/o el establecimiento de personal que posea las competencias adecuadas para asumir tales actividades*”.

El TJCE declaró que el Reino de los Países Bajos había incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 7, apartado 3, de la Directiva, al no haber recogido, en su legislación nacional, el carácter subsidiario del recurso a las competencias ajenas a la empresa para garantizar en ésta las actividades de protección y de prevención de los riesgos profesionales. Entre los argumentos legales que justifican esta jerarquía, el TJCE afirmó que: “*La opción, expresada en el artículo 7 de la Directiva, de dar preferencia, cuando las competencias de la empresa lo permitan, a la participación de los trabajadores en las actividades de protección y de prevención de los riesgos profesionales, más que al recurso a competencias externas, es una medida de organización que se ajusta al citado objetivo de participación de los*

miembros definirán las capacidades y aptitudes necesarias contempladas en el apartado 5. Podrán definir el número suficiente a que hace referencia el apartado 5.

⁷⁴ Así se establece literalmente en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre la aplicación práctica de las disposiciones de las Directivas de salud y seguridad en el trabajo 89/31(Directiva marco), 89/654 (Lugares de trabajo), 89/655 (Equipos de trabajo), 89/656 (Equipos de protección individual), 90/269 (Manipulación manual de cargas) y 90/270 (Pantallas de visualización) (COM/2004/0062 final) en la que, se afirma que: *Prácticamente todos los Estados miembros tienen problemas con la calidad de los servicios ajenos a la empresa. Una de las principales razones es la tendencia de las empresas de intentar contratar estos servicios al menor coste posible. No valoran la calidad de estos servicios.* RODRÍGUEZ CRESPO, M^a. J., *La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre las obligaciones del empresario derivadas de la Directiva 89/391/CEE. En particular, la evaluación de los riesgos profesionales y la designación de servicios de prevención*, Revista General de Derecho Europeo, núm. 6, 2005 (versión electrónica).

⁷⁵ Junto al caso de la Sentencia del TJCE de 22 de mayo de 2003 (Asunto C-441/01, sala quinta), contra el Reino de los Países Bajos, también hay que mencionar la Sentencia del TJCE de 15 de noviembre de 2001 (C-49/00, sala quinta), contra la República Italiana, y la Sentencia de 22 de mayo de 2003 (Asunto C-335/02, sala cuarta) contra el Gran Ducado de Luxemburgo.

trabajadores en su propias seguridad”. La defensa de los Países Bajos alegó entre otras cuestiones que, en cualquier caso, tanto con un servicio de prevención interno como uno externo, se garantizaba el “efecto útil” que pretendía la Directiva, a saber, la protección de la seguridad y salud de los trabajadores, y que, además, la contratación de un servicio de prevención presenta ciertas ventajas al establecer un sistema de servicios de gran calidad para el conjunto del territorio con tareas de prevención más amplias que las establecidas en la Directiva. Además, entiende que los servicios externos tienen la ventaja de poder acreditar una mayor objetividad que los expertos internos. El informe de Conclusiones del Abogado General Sr. Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer presentadas el 16 de enero de 2003 estableció sobre las cuestiones planteadas por el gobierno Neerlandés que había razones de peso para avalar la preferencia de la Directiva por la recursos internos: en primer lugar, porque conocen la empresas desde dentro, practican sus métodos de trabajo, entienden los peligros asociados a la actividad concreta que desarrolla, están al corriente de los antecedentes, pueden identificar riesgos potenciales y se hallan presentes de manera permanente; en segundo lugar, porque los trabajadores son los primeros interesados en que las funciones se realicen de manera eficaz ya que está en juego su propia integridad física.

Por su parte la Comisión Europea entendió que *“únicamente puede garantizarse el efecto útil de la Directiva favoreciendo la organización en el seno de la empresa de las actividades de protección y de prevención de los riesgos profesionales. En primer lugar, los trabajadores están más motivados que los expertos externos para garantizar un buen nivel de protección tanto para sí mismos como para sus colegas. Además, son los mejor informados de los riesgos a los que están expuestos. Finalmente, el hecho de que sean conocidos por los demás trabajadores y de que no puedan sufrir perjuicio alguno por causa de sus actividades les permite manifestarse en nombre del resto de los trabajadores y formular solicitudes al empresario en materia de seguridad.”*

La respuesta del TJCE sirvió para recordar que lo que establecía la Directiva era una clara jerarquía en las modalidades de organización y no opciones para los estados miembros, de tal forma que *“tan sólo cuando las competencias en la empresa sean insuficientes deberá recurrir el empresario a competencias ajenas a ésta”*. Así pues, el Tribunal afirma que *“la mejor forma de garantizar el efecto útil de la Directiva es dando preferencia a la organización de tales actividades en el seno de la empresa. (...) permitir al empresario que opte entre organizar las citadas actividades en el seno de la empresa o recurrir a competencias externas a ésta no contribuye a garantizar el efecto útil de la Directiva, sino que constituye un incumplimiento de la obligación de asegurar la plena aplicación de la citada Directiva”*.

Si se atiende la legislación española con el prisma del análisis efectuado por el

legislador y los jueces europeos, pese a alguna opinión doctrinal⁷⁶, puede afirmarse que en España, la Ley permite que en la gran mayoría de las empresas se pueda optar libremente por tener una organización interna o por acudir a una organización externa en materia preventiva. Bien es cierto que el art. 31.1 LPRL establece el recurso a los servicios de prevención externos cuando la designación de trabajadores fuera insuficiente; pero no es menos cierto, que el art. 30.1 LPRL recoge las distintas opciones de organización sin establecer ninguna jerarquía o prelación entre ellas; algo criticable, y fundamento suficiente para declarar el incumplimiento por parte de la legislación española de la Directiva Marco⁷⁷. La adaptación al derecho interno de las Directivas no requiere que sus disposiciones se reproduzcan formal y textualmente en la norma legal o reglamentaria, pero sí que es necesario que se asegure, en el contexto jurídico general, de manera efectiva y plena aplicación de la Directiva. Y esto es precisamente lo que incumple la normativa española, cuando del contexto jurídico general, no sólo de la LPRL sino también del RSP, se puede deducir una aplicación contradictoria a lo establecido en la Directiva 89/391/CEE. Sencillamente porque no es cierto que el empresario sólo pueda acudir a un servicio de prevención externo en el caso de una clara insuficiencia e incapacidad de articular medios y recursos propios e internos.

2.2. El establecimiento de una jerarquía entre la organización interna y la organización externa

Para que el elemento de la preferencia pueda formar parte del modelo de la organización preventiva es absolutamente indispensable el establecimiento de una jerarquía entre las distintas opciones organizativas. De manera que no sólo se establezca la opción organizativa correcta en cada caso, sino que, en atención a las múltiples tipologías y necesidades de empresas y cuando sea necesaria la conjunción de varias fórmulas, también se determinen cuáles de ellas son prioritarias y cuáles se prevén con carácter secundario y complementario.

Como ya se ha dicho anteriormente, la Directiva Marco estableció de forma clara una primacía entre las posibles opciones de organización de la prevención, es decir, entre la organización interna y la organización externa. En el art. 7.1 de la misma se recoge

⁷⁶ PURCALLA BONILLA, M. A., *Los servicios de prevención: notas a propósito de la jurisprudencia del TJCE y del Proyecto de Ley de reforma del marco normativo de la prevención de riesgos laborales*, Revista Jurídica Española, La Ley, Tomo 5, 2003, D-236, pp. 1684-1686

⁷⁷ LOPEZ ROMERO GONZÁLEZ, M^a. P., *La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en materia de salud y seguridad en el trabajo*, Revista de Información laboral, núm. 6, 2005, pp. 5-8. GONZÁLEZ ORTEGA, S., Y APARICIO TOVAR, J., *Comentarios a la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales*, Madrid, Trotta, 1996, pp. 195-196. En este caso los autores achacan las diferencias en las regulaciones a una incorrecta traducción del art. 7 de la Directiva Marco.

la obligación de las empresas de designar trabajadores para ocuparse de la actividad de prevención, de forma que, sólo cuando los recursos de la empresa sean insuficientes, el empresario deberá recurrir a personas o servicios ajenos a la empresa. La LPRL y el RSP, por su parte, lejos de fijar una ordenación jerárquica entre las distintas fórmulas, establece un modelo de organización en relación con el cual el empresario cuenta con amplias facultades de elección. Así que, pese a la existencia de los requisitos a cumplir en cada fórmula como son los controles y autorizaciones, y a la exigencia de articular obligatoriamente el servicio de prevención propio en determinados supuestos, no se ha garantizado la primacía en la normativa española que la normativa comunitaria establece de la organización interna sobre la externa.

El problema radica no sólo en una poco fiel trasposición de la Directiva⁷⁸, sino también en la incorrecta interpretación que se ha hecho de la LPRL que, a su vez, se ha plasmado en el correspondiente desarrollo reglamentario⁷⁹. Pese a que el art. 30.1 LPRL no establece ningún tipo de jerarquía organizativa, el art. 31.1 LPRL pone de manifiesto una mínima preferencia por los servicios internos cuando determina la obligación de acudir a servicios de prevención propios o ajenos en el caso en que la designación de trabajadores sea insuficiente que, a estos efectos, aparece como prioritario; es decir la insuficiencia de la modalidad de designación es un factor necesario y previo a acudir a las otras fórmulas organizativas⁸⁰. Lo que ocurre es que

⁷⁸ De la que se han hecho eco la doctrina que ha tratado monográficamente este tema: IGARTÚA MIRÓ, M. T., *Organización de la prevención en la empresa: de los excesos de la externalización al tímido fomento del uso de recursos propios. Reflexiones críticas al hilo de dos disposiciones reciente (RD 337/2010 y RD 404/2010)*, Documentación Laboral, núm. 88, 2010, pp. 93 y ss.; LUQUE PARRA, M., *El servicio de prevención ajeno como modalidad principal de organizar la prevención en el ordenamiento jurídico español*, Civitas, Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 103, 2001, pp. 65-66.

⁷⁹ SEMPERE NAVARRO, A.V., *Los servicios de prevención de riesgos laborales: Aspectos cruciales*, Seminario sobre el Reglamento de los Servicios de Prevención organizado por la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Marzo de 1997, ejemplar multicopiado que establece que: “*el Reglamento de los servicios de prevención elimina numerosas posibilidades de la Directiva Marco o incluso de la Ley y ofrece una regulación más cerrada*”.

⁸⁰ La incorrecta trasposición de la directiva en la LPRL en lo que se refiere al hecho de haber otorgado identidad propia al servicio de prevención identificando a este con la entidad especializada en prestarlo, en vez de usarlo como sinónimo de actividad preventiva, no ha ayudado a una interpretación basada en una configuración jerárquica. Así lo han manifestado algunos autores: MOLINA HERMOSILLA, O., *El papel de las Sociedades de Prevención en el mercado de los Servicios de Prevención*, op. Cit., pp. 39-41. Sobre la incorrecta trasposición de la Directiva en lo que se refiere a este concreto aspecto ALARCÓN CARACUEL, M. R., “Los deberes del empresario”, en OJEDA AVILÉS, A.; ALARCÓN CARACUEL, M. R. y RODRIGUEZ RAMOS, M^a. J., *La Ley de Prevención de Riesgos Laborales, Aspectos Clave de la Ley 31/1995*, Navarra, Aranzadi, 1996, pp. 124. Algunos autores han considerado que la lógica subsidiaria opera más bien respecto de los trabajadores designados, BLASCO MAYOR, A., *La externalización de las actividades de prevención de riesgos laborales*, Aranzadi Social, núm. 13, 2001 (versión electrónica): “*Así pues se llega a la paradójica situación de que la organización preventiva realizada a través de los trabajadores designados pasa a ser la modalidad subsidiaria*”; Otros simplemente consideran que la modalidad del servicios de prevención ajeno funciona como sustitutiva de las otras tres en la inmensa mayoría de los supuestos y sin mayores exigencias legales o

esta tímida y opinable trasposición de la preferencia de las fórmulas internas sobre las externas queda totalmente desamparada con la entrada en vigor del RSP. Que no sólo no establece ningún tipo de jerarquía y preferencia sino que, además, permite la posibilidad de externalizar la prevención de manera prácticamente absoluta⁸¹. A salvo de casos muy concretos en los que, por otro lado, también se permite la posibilidad de externalizar la actividad preventiva de forma parcial. Se trata de los supuestos en los que hay una obligación legal de constituir un SPP o un SPM. En el primer caso, empresas que tengan más de 500 trabajadores, o más de 250 cuando realicen actividades peligrosas del Anexo I, supuesto en el que tan sólo están obligadas a tener dos especialidades constituidas y a concertar con un SPA las que queden sin asumir; y en el segundo caso, el de los SPM, que están obligados a tener tres especialidades preventivas y que deben contratar con un SPA aquella que no se realice.

La intensa regulación que hace el RSP, y que se analizará en cada uno de los capítulos de este trabajo, plantea la duda de si el reglamento ha ido más allá de los límites establecidos por la LPRL y por la Directiva Marco, entrando en clara contradicción con lo dispuesto en ellas⁸². Hay dos preceptos del RSP sobre los que se ha generado esta duda. Por un lado, el art. 12.2 RSP que permite que, por mera voluntad empresarial, sea posible sustituir la obligación de designar trabajadores por el recurso a un SPA, sin necesidad de fundamentar tal decisión en la insuficiencia de aquellos para gestionar la prevención en la empresa⁸³. Por otro lado, y en sentido contrario, también se ha planteado la posible extralimitación del RSP al regular los supuestos de obligatoriedad (art. 14 RSP), eliminando en estos casos la flexibilidad del empresario para elegir la modalidad de organización de la prevención a utilizar dentro de su

reglamentarias: GONZALEZ CARBAJAL, J. M., *Aspectos Jurídico Públicos de la Prevención de Riesgos Laborales*, Madrid, Colex, 2000, pp.150; IGLESIAS CABERO, M. (coord.), *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (segunda edición)*, Navarra, Aranzadi, 2008, pp. 216.

⁸¹ Art. 12.2 RSP: *No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, no será obligatoria la designación de trabajadores cuando el empresario: a) Haya asumido personalmente la actividad preventiva de acuerdo con lo señalado en el artículo 11. b) Haya recurrido a un servicio de prevención propio. c) Haya recurrido a un servicio de prevención ajeno.*

⁸² Algún autor ya advirtió de esta posibilidad debido a que *el cuadro regulador que va decantándose casa bien con lo que suele entenderse como regulación “en cascada”, toda vez que cada norma genera ulteriores desarrollos normativos, de inferior rango y superior concreción*: SEMPERE NAVARRO, A. V., *Aspectos Jurídicos del Reglamento de Prevención de Riesgos Laborales*, op. Cit., (versión electrónica). Una disposición reglamentaria constituye un *ultra vires* cuando resulta contraria a las previsiones de la Ley que pretendidamente desarrolla y a la que realmente modifica. Así se recoge en la STS de 28 de octubre de 2009 (R°. UD 3354/2008, sala de lo social). Más recientemente la STS de 9 de diciembre de 2014 (R°. 291/2013, sala de lo social) que resuelve el efecto *ultra vires* del RD 1483/2012 en lo que se refiere a la posibilidad de negociar por centro de trabajo en los supuestos de suspensión de contratos por causas económicas técnicas organizativas o de producción

⁸³ LUQUE PARRA, M., *La organización de la prevención en la empresa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, pp. 45

empresa, planteándose incluso una posible vulneración del principio de libertad de empresa recogido en la Constitución⁸⁴.

El RSP encuentra su encaje en la estructura normativa a través del art. 6 LPRL que ordena al gobierno el desarrollo de la ley a través de normas reglamentarias, configurándose así como la primera pieza del conjunto de disposiciones que, en materia de prevención, dado su elevado carácter técnico e interdisciplinar, van a tener un peso fundamental⁸⁵. En el caso concreto, la LPRL hace una remisión genérica al reglamento para su desarrollo y aplicación, de forma que el RSP es el complemento indispensable de la Ley que desarrolla, debiendo incluir todo lo necesario para asegurar la correcta aplicación y plena efectividad de la Ley, pero no más allá de lo que sea estrictamente indispensable⁸⁶. Este Reglamento que puede encuadrarse dentro del grupo de los reglamentos ejecutivos se dictan en desarrollo de una norma de rango legal completando y particularizando su regulación, de forma que están directa y concretamente ligados a ella. Un reglamento ultra vires será aquel que se extralimita respecto de la habilitación legal conferida de forma que llevan a cabo un desarrollo no previsto de la Ley o que es contrario a sus términos. La regulación reglamentaria ultra vires supone la conculcación del principio de jerarquía normativa que exige que el mandato legal que recibe el reglamento de desarrollo tenga que ser ejercitado en sus propios términos, como manifestación concreta de la sujeción general del reglamento respecto de la Ley. En consecuencia, resulta imprescindible confrontar el texto de la ley que ordena el desarrollo reglamentario con el tenor literal de la disposición administrativa, con objeto de determinar si existe o no delegación⁸⁷.

⁸⁴ GONZÁLEZ ORTEGA, S., *La organización de la prevención por el empresario: los servicios de prevención*, op. cit., pp. 21; MORENO MÁRQUEZ A., *Los servicios de prevención*, op. Cit., pp. 27-28

⁸⁵ VALDÉS DEL RE, F., La potestad reglamentaria en el ordenamiento laboral, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 26, 1989, pp. 45: “El reglamento se erige así en norma, de un lado, inequívocamente subordinada a la ley, y de otro, secundaria respecto al convenio colectivo, dotado de una capacidad o fuerza normativa muy superior”, GONZÁLEZ ORTEGA, S.; MORENO MÁRQUEZ, A. M. y FERNÁNDEZ PERDIDO, F., *Comentarios al Reglamento de los Servicios de Prevención (Real Decreto 39/1997, de 17 de enero)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, pp. 15-16. La doctrina ha entendido que el RSP debe ser considerado como un auténtico “reglamento de la acción preventiva en las empresas” en el que se integran no sólo los aspectos orgánicos, sino también los aspectos sustantivos: SEMPERE NAVARRO, A. V., *Aspectos Jurídicos del Reglamento de Prevención de Riesgos Laborales*, op. Cit., (versión electrónica); MERCADER UGUINA, J. R., *El Reglamento de los Servicios de Prevención: crónica de una norma largamente esperada*, *Relaciones Laborales*, núm. 1, 1997, pp. 1117.

⁸⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RÓDRIGUEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, Civitas Thomson Reuters, 2015, pp. 284-285. Los autores diferencian entre dos supuestos de remisiones de la Ley. Las remisiones singulares o específicas que implica una aceptación de la Ley de cualquier contenido de la norma reglamentaria y la remisión genérica al desarrollo y ejecución de una Ley.

⁸⁷ MANTECA VALDELANDE, V., *La potestad reglamentaria de las Administraciones Públicas (7)*, *Actualidad Administrativa*, núm. 8, 2012, Vol. 1., pp. 1081.

Teniendo en cuenta esto, en relación con la previsión del art. 12.2 RSP que se acaba de reproducir, se plantean serias dudas acerca de la legalidad del desarrollo reglamentario debido a la contradicción que existe entre la LPRL, que establece la posibilidad de acudir a servicios de prevención sólo cuando los trabajadores designados sean insuficientes, y el RSP, que no vincula la utilización de los servicios de prevención a la insuficiencia de los trabajadores designados. Las relaciones entre la LPRL y el RSP es la propia de una norma básica y una norma complementaria, no ciñéndose esta última a actuar como mero ejecutante de la Ley. El RSP dispone un grado de discrecionalidad que permite regular con cierto margen de libertad pero respetando los principios y cláusulas de la remisión⁸⁸. Es por ello, que al hacer esta regulación en el art. 12 RSP, no parece que se estén respetando precisamente esos principios básicos establecidos en la regulación de la organización preventiva en la que el elemento de la preferencia por los recursos internos queda totalmente bloqueado. Por el contrario, en relación con la determinación de los supuestos en los que el empresario debe constituir obligatoriamente un SPP no se trata de un desarrollo ultra vires del RSP ya que, en primer lugar, la Ley le habilita para establecer estos supuestos (art. 6.1 e) LPRL), y, en segundo lugar, no deja sin efecto ni contradice lo que la LPRL establece⁸⁹. Sea como fuere, lo cierto es que debería haberse establecido una jerarquía clara entre las modalidades organizativas diferenciando fundamentalmente entre la interna y la externa, siendo la primera aplicada con carácter preferente sobre la segunda, y esta última utilizada, en todo caso, con carácter complementario. Varios son los argumentos que fundamentan esta postura.

El primero de ellos, evidentemente, es la propia Directiva Comunitaria, que establece claramente esta solución organizativa⁹⁰. El segundo argumento se obtiene a través de

⁸⁸ VALDÉS DEL RE, F., La potestad reglamentaria en el ordenamiento laboral, op. Cit., pp. 78.

⁸⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNANDEZ RÓDRIGUEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, Civitas Thomson Reuters, 2015, pp. 190. Son los criterios marcados por la doctrina administrativista.

⁹⁰De acuerdo con art. 153 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, las directivas son los instrumentos de armonización con vocación de incidir en el contenido de las relaciones laborales y concretamente sobre las condiciones de trabajo y la mejora del entorno de trabajo para proteger la seguridad y salud. RODRIGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M., *Efecto directo e invocabilidad inter privados de las Directivas Laborales*, Relaciones Laborales, núm.6, 2010, Tomo I, (versión electrónica): “La directiva comunitaria se dirige solo a los Estados y les impone obligaciones de transposición a través de su propio ordenamiento. Las reglas nacionales que transponen las directivas son las que reconocen de forma directa e inmediata esos derechos y obligaciones a trabajadores y empresarios previstos en aquellas. Aunque la propia jurisprudencia comunitaria ha reconocido la necesidad de que lo jueces nacionales aseguren el cumplimiento de lo previsto en la directiva (...)y se ha ampliado el llamado efecto directo del Derecho comunitario a las directivas, declarando que pueden tener efectos en los ordenamientos nacionales en caso de falta o insuficiencia de su transposición”. La Directiva Comunitaria tiene la función de establecer las bases del desarrollo normativo que los ordenamientos

una interpretación conjunta y teleológica de la norma de prevención en la que se tiene en cuenta, por un lado, la definición del SPA y el alcance de sus cometidos y, por otro, la responsabilidad de estas entidades en el ejercicio de sus funciones. El SPA es entendido en el art. 31.2 LPRL como el conjunto de medios humanos y materiales necesarios para realizar las actividades preventivas, asesorando y asistiendo al empresario, a los trabajadores y sus representantes; por su parte, el art. 31.3 LPRL insiste en la necesidad de que el servicio de prevención estén condiciones de proporcionar a la empresa asesoramiento y apoyo. En esta misma línea, el art. 19.1 RSP vuelve a incidir en la idea de que las entidades especializadas deberán estar en condiciones de prestar información, asesoramiento y apoyo⁹¹ al empresario correspondiendo la ejecución de las actividades concertadas a la propia empresa. Así pues, la actividad del SPA no puede ser considerada como un fin en sí misma, sino que lo que persigue, es que sus valoraciones, juicios y recomendaciones se pongan en práctica. Consecuencia de ello es que el papel de los SPA se limita, en definitiva, a informaciones en forma de consejos y recomendaciones que se trasladan a la empresa. Situación que, por otro lado, conduce, para ser eficaz y prestar un servicio de calidad, a poseer, al menos, una mínima estructura preventiva interna en la empresa. Lo que ocurre es que la línea entre lo que es materia reservada a la Ley y lo que puede entrar a regular el reglamento no es siempre fácil de determinar ya que, en materia jurídico laboral y concretamente en materia de prevención es muy complicado determinar los límites del tratamiento de unas y otras normas⁹².

nacionales tienen que realizar, por lo que tiene una función normativa determinante: MUÑOZ RUIZ, A. B., *El sistema normativo de prevención de riesgos laborales*, Valladolid, Lex Nova, 2009, pp. 95-100

⁹¹ Definiciones que se encuentran en BOIX, P. y RODRIGUEZ DE PRADA, A (coords.), *Criterios de buena practica profesional en actividades preventivas*, INSHT, 2011, en línea: <http://www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Documentacion/PUBLICACIONES%20PROFESIONALES/CBP%20TEXTO.pdf> : INFORMACIÓN: Actividad de transferencia pasiva unidireccional que constituye la forma de interacción más simple y a que requiere una menor implicación, ya que es el usuario quien determina , en última instancia, cómo interpretar y utilizar la información para sus necesidades; ASESORAMIENTO: actividad con una mayor orientación al usuario en la medida en que el emisor interpreta la información según un criterio experto para adecuarla a la resolución del problema; APOYO: actividad de intercambio completamente interactiva y personalizada que ofrece conocimientos especializados y capacitación sobre el terreno para resolver un problema en unas circunstancias específicas.

⁹² STS de 25 de junio de 1985 (RJ 1985\3452, sala de lo social) “la línea fronteriza entre lo que es materia reservada a la ley, especialmente en el mundo jurídico-laboral y la zona que el Ejecutivo puede y debe ocupar en desarrollo de la potestad reglamentaria constitucionalmente conferida al Gobierno en su artículo 97, no siempre es fácil de determinar y decidir con perfiles inequívocos porque acaso en este sector del ordenamiento, tan complejo y vario y tan difícil de reconducir a unidad de tratamiento por su propia diversidad y dinamismo es donde el Gobierno ha de tener unas mayores posibilidades de ejercicio de la referida potestad reglamentaria, tan indispensable en aquellas áreas, como acaba de decirse de especial diversidad y movilidad normativa en vía reglamentaria y así se pone de relieve constantemente en virtud de las referencias que las leyes hacen de forma unas veces expresa y otras tácita a la complementaria e indispensable actividad del Gobierno tanto en orden a la contratación de trabajo en general y a sus muchas y específicas variedades como a la seguridad social, hasta el punto de que, sin tales normas reglamentarias, con dificultad sería concebible una correcta y eficaz aplicación de la ley, absolutamente coherente y ajustada a los mecanismos correspondientes”

El tercer argumento se basa en las directrices y recomendaciones que se han elaborado tanto a nivel comunitario como a nivel nacional sobre la necesidad de priorizar, y por tanto, internalizar, la organización preventiva. La Comunicación de la Comisión Europea sobre la aplicación práctica de las disposiciones de las Directivas de Seguridad y Salud en el trabajo⁹³ incide, precisamente, en la disposición relativa al uso prioritario de la organización interna y remite a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación con los Países Bajos. En el ámbito interno, ya el Informe sobre riesgos laborales y su prevención, elaborado en el año 2000, anticipaba algunos de los déficits del modelo y establecía la necesidad de una cierta organización interna, aunque no se mostrara claramente a favor de la jerarquía organizativa⁹⁴. Posteriormente la Estrategia Española de Seguridad y Salud (2007-2012) establece expresamente en su segundo objetivo el fomento del uso de los recursos propios y el perfeccionamiento de la complementariedad de los recursos ajenos, por lo que no sólo se determina la necesidad de organización interna sino su preferencia sobre la externa⁹⁵. En esta línea, se han articulado las últimas modificaciones en las que se observa la mayor importancia que el legislador da a la organización interna a través de la fórmula de asunción por el empresario, como se tendrá ocasión de analizar detalladamente a lo largo del trabajo.

Por lo que se refiere a la regulación e interpretación que se hace sobre la traslación de responsabilidad del empresario a estas entidades, hay que partir de la base de que la norma deja claro que la responsabilidad de realización de las actividades preventivas es del empresario (art. 14.4 LPRL, y art. 19.1 RSP), y ello sin perjuicio de las que puedan tener estas entidades de asesoramiento por el incorrecto desarrollo de sus actividades. Así pues, pese a la creencia generalizada de que la actividad preventiva se traslada al SPA cuando este se contrata, ello no es así, y sólo existirá responsabilidad del SPA por los incumplimientos concretos haya cometido⁹⁶. Sin entrar en profundidad en el estudio de las responsabilidades de estas entidades, que no es objeto de este trabajo, esta cuestión tiene que ser mínimamente matizada. Los arts. 31.3

⁹³ Comunicación sobre la aplicación práctica de las disposiciones de algunas directivas, en concreto la Directiva 89/391 CEE (Directiva marco), la Directiva 89/654 CEE (lugares de trabajo), la Directiva 89/655 CEE (equipos de trabajo), la Directiva 89/656 CEE (equipos de protección individual), la Directiva 90/269 CEE (manipulación manual de cargas) y la Directiva 90/270 CEE (equipos que incluyen pantallas de visualización), de 5 de febrero de 2004, en línea: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52004DC0062>

⁹⁴ DURÁN LÓPEZ, F., *Informe sobre riesgos laborales y su prevención. La seguridad y salud en el trabajo*, Madrid, Imprenta del BOE, 2001, pp. 92-93

⁹⁵ <http://www.insht.es/portal/site/Insht/menuitem.1f1a3bc79ab34c578c2e8884060961ca/?vgnnextoid=de7991ef3e065410VgnVCM1000008130110aRCRD&vgnnextchannel=25d44a7f8a651110VgnVCM100000dc0ca8c0RCRD>

⁹⁶ SALA FRANCO, T., *La responsabilidad de los servicios de prevención ajenos a la empresa y la del personal a su servicio*, Actualidad Laboral, núm. 1, 2000, pp. 183-193.

LPRL y 19.1 y 20 RSP otorgan a los servicios de prevención dos competencias centrales en materia de prevención de riesgos laborales. Por un lado, deben dar al empresario el asesoramiento que necesite para que realice las tareas preventivas; y, por otro, han de brindarle el apoyo que sea preciso, teniendo en cuenta que muchas de las actividades de prevención son complejas y necesitan de alguien experto que las desarrolle, no pudiendo el empresario, en gran parte de las ocasiones, llevarlas a cabo directamente⁹⁷. Puesto que, atendiendo a la literalidad de la norma, los servicios de prevención sólo deben asesorar y asistir al empresario, es éste, a priori, el único sujeto obligado por el deber de seguridad puesto que es él el titular de poder de dirección y el que debe adoptar las decisiones pertinentes en materia preventiva, y no el servicio de prevención (o los técnicos que forman parte de su plantilla, en el caso de la organización interna). Sin embargo, la mayor parte de doctrina y de la jurisprudencia entiende que tanto unos como otros son también sujetos obligados en materia de prevención; y ello no sólo, haciendo una interpretación generosa de la norma, por imperativo legal, sino también por exigencia contractual en la medida en que así se deriva del concierto que los SPA han de suscribir obligatoriamente con la empresa cliente.

En conclusión, es necesaria en todo caso, una organización preventiva interna. Con ella se podrán determinar y controlar las funciones que el SPA tiene que realizar y quedarán claramente definidas las obligaciones y el alcance de las responsabilidades, y no sólo de la entidad externa sino también de la estructura organizativa interna. Además, esa preferencia por la organización por medios internos es una cuestión de gestión correcta de la empresa de los problemas de prevención. Con un sistema organizativo completamente externo no habría posibilidad de dar solución a los problemas que se plantean diariamente en materia preventiva ya que el tiempo de respuesta puede ser demasiado elevado como para que sea un mecanismo eficaz. Sólo desde el interior de la empresa se conoce la estructura de la empresa, los problemas preventivos que plantea y la manera de llegar a una solución rápida y adecuada.

Por todo ello, la preferencia de la organización interna sobre la externa y el establecimiento de una clara jerarquía entre ambas se configura como elemento esencial del modelo organizativo de prevención. No se trataría tanto de hacer una jerarquía entre todas las fórmulas organizativas que la legislación española ha previsto, sino de hacer una separación entre la organización interna y externa, estableciendo la preferencia a favor de la primera. Además, debería configurarse una preferencia

⁹⁷ ALARCÓN CARACUEL, M. R., “Los deberes del empresario respecto a la seguridad y salud de sus trabajadores”, en OJEDA AVILÉS, A.; ALARCÓN CARACUEL, M. R. y RODRIGUEZ RAMOS, M^a. J., *La Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Aspectos Clave de la Ley 31/1995*, op. Cit., pp. 123, autor para el que, el deber del empresario se “*descompone en un cúmulo tal de obligaciones – algunas de ellas de contenido técnico muy elevado – que resultaría un despropósito pretender que el empresario llevara a cabo personalmente las diversas tareas necesarias para cumplir esas obligaciones*”.

sometida a requisitos estrictos que, sólo de no ser posible su cumplimiento, permitiera acudir a la vía externa; algo que puede ser completamente habitual teniendo en cuenta la especialización de la actividad pero que, en ningún caso, puede suponer la marginación de la existencia de medios propios. Por tanto, en este sentido, sería razonable pensar en una reforma tanto de la LPRL como del RSP, en la que se establezca con claridad y sin ambigüedades esta jerarquía.

Cuestión diferente es que, dentro de la organización interna, se establezcan requisitos que permitan o no el uso de las distintas fórmulas (trabajador designado, empresario, servicios de prevención propio y/o servicio de prevención mancomunado). En estos casos, lo razonable es hacer una especie de equivalencia entre el nivel de riesgo y la forma organizativa adecuada a cada uno⁹⁸. Así, cuando el riesgo es escaso, el sector no presenta unos altos índices de siniestralidad y la empresa es de reducida dimensión, parece que podría optarse por la asunción por parte del empresario; cuando el riesgo es de grado medio, es decir, se trata de actividades que no son especialmente peligrosas, no son complejas, aunque el número de trabajadores supera las dimensiones establecidas para el supuesto anterior, entonces parece que la opción clara debería ser la del trabajador designado; y, cuando se esté ante empresas con un riesgo en grado en máximo, especialmente peligrosas, especialmente complejas y de cierto tamaño, entonces lo adecuado será la constitución de un SPP. Y en todos estos casos, la asistencia y ayuda de las entidades externas podrá ser necesaria bien a priori, es decir antes de constituir el modelo organizativo de la empresa, porque a través de ella se determinarán la peligrosidad de las actividades y la necesidades preventivas, bien a posteriori, como una parte del modelo organizativo elegido por la propia empresa.

2.3 La flexibilidad en la elección de la fórmula como elemento que niega la preferencia

Aunque la preferencia en la elección debiera ser el elemento sobre el que girase todo el modelo organizativo de prevención, la realidad es que es la flexibilidad en la elección podría decirse que configura y define el actual modelo. Pese a que la LPRL y el RSP establecen la obligación para el empresario de contar con un sistema organizado de recursos dedicados a la prevención en las empresas, se introduce de manera clara una amplia libertad en el sentido de que no le exige siempre y en todo caso: a) ni tener un SPP; b) ni tener que contratar uno externo; c) ni tener que asumir la prevención en su empresa; y, d) ni tener trabajadores designados aun cuando se trate de empresas pequeñas. Este elemento de flexibilidad se manifiesta no sólo como rasgo general del modelo organizativo, sino también en cada una de las fórmulas que el legislador ha establecido.

⁹⁸ GONZÁLEZ ORTEGA, S., *La organización de la prevención por el empresario: los servicios de prevención*, op. Cit., pp. 25-26

2.3.1 Las manifestaciones de la flexibilidad en la elección de la fórmula de organización de la prevención en la empresa

Hay que partir de la base de que la flexibilidad a la que se está haciendo referencia recae sobre la determinación del sujeto que desempeña las funciones preventivas y no sobre las funciones mismas⁹⁹. De hecho, el propio cumplimiento adecuado de las funciones preventivas se constituye como el límite por excelencia a la flexibilidad con la que cuenta el empresario para elegir su opción organizativa. Puede afirmarse, sin ningún género de dudas, que, salvo los casos de empresas en los que el RSP determina que es obligatorio constituir un SPP, en el resto de las empresas se puede elegir con cierta libertad la fórmula organizativa de gestión de la prevención. Esta es la primera y fundamental consecuencia que se deriva del elemento de la flexibilidad, y que desplaza, por tanto, los criterios de preferencia y jerarquía; pero, también se pueden observar otras manifestaciones de este modelo flexible en relación con cada una de las opciones organizativas.

Así, respecto de la asunción del propio empresario, esta es una modalidad de uso voluntario. Se trata de una fórmula que de por sí se ha flexibilizado por el legislador en los últimos años mediante el incremento del número de trabajadores con los que debe contar la empresa como límite para poder hacer uso de ella; de forma que se amplía el abanico de empresas que podrían articular, voluntariamente, su sistema de organización de la prevención mediante esta opción. Pero no sólo esto, sino que el empresario puede elegir qué actividades preventivas va a realizar y cuáles no, teniendo en cuenta, eso sí, algunas limitaciones establecidas en la norma.

En cuanto a la fórmula de los trabajadores designados, la flexibilidad de su uso también se configura como absoluta para el empresario, ya que la norma no establece ningún supuesto en el que se configure de manera obligatoria. Algo que, como se ha dicho, y como se tendrá ocasión de volver a ver a lo largo del trabajo, resulta de todo punto incomprensible si la organización interna debe prevalecer como mecanismo que asegura en mejor medida el cumplimiento del deber de prevención del empresario. En el caso de ser la modalidad elegida, el empresario tiene sobre ella una capacidad de decisión prácticamente plena en cuanto al número de trabajadores a designar, quiénes pueden ser éstos, cuál es la capacidad con la que deben contar, etc., ya que la desregulación de esta figura es casi completa.

Por lo que se refiere al SPP, e incluso en los casos en los que el empresario resulta obligado a tener que constituirlo en función de las características de su empresa,

⁹⁹ GONZÁLEZ ORTEGA, S., *La organización de la prevención por el empresario: los servicios de prevención*, op. Cit., pp. 24

quedan abiertas varias posibilidades de elección para el empresario. Por un lado, puede constituir el SPP con dos especialidades preventivas, lo que permite acudir a otras formulas y muy especialmente a la contratación de un servicio externo. Por otro lado, también puede el empresario decidir qué dos o tres especialidades va a constituir de forma interna y, por tanto, cuáles puede externalizar; algo que no se entiende que se haya dejado en manos de la decisión libre de la empresa cuando el tipo de riesgos que la misma tiene puede ser determinante de la necesidad de algunas especialidades internas y no tanto de otras que, para esa concreta empresa, no son relevantes o lo son sólo de forma marginal. La flexibilidad también se manifiesta cuando la empresa, estando obligada a constituir un SPP por vía del art. 14. c) RSP, es decir, por imposición de la Autoridad Laboral, puede decidir sustituir tal imposición por el concierto con una entidad especializada ajena. Además, con el objetivo de ampliar las opciones de organización del empresario, el art. 9 del RD 843/2011, de 17 de junio, permite que las empresas que tengan un SPP y asumida la especialidad de medicina del trabajo, puedan contratar con un SPA algunas de las actividades del servicio sanitario realizado por el servicio de prevención, lo que, sin duda, amplía las opciones del empresario y por ende, flexibiliza sus decisiones.

También hay que traer a colación el SPM ya que, al igual que la asunción propia y los trabajadores designados, se configura como una opción absolutamente voluntaria para el empresario. Por último, por lo que se refiere al SPA. No existe ningún supuesto que estrictamente determine una obligación de contratación de los servicios de prevención por parte de la empresa ya que siempre será posible que el empresario asuma la tarea, que designe trabajadores o que adopte un sistema organizativo de considerado superior, como es el SPP, con todas las modalidades y actividades preventivas¹⁰⁰.

2.3.2. Las limitaciones de la flexibilidad para la elección y mantenimiento del sistema organizativo

En ese marco de flexibilidad en el que el empresario tiene amplias posibilidades, sin embargo, se han ido estableciendo algunas limitaciones a su libertad que es necesario mencionar para tener una visión completa del modelo. La flexibilidad se predica de la elección del sujeto para realizar las funciones preventivas pero no respecto a las funciones preventivas mismas, que deberán llevarse a cabo si se quiere dar cumplimiento a la obligación de seguridad y salud. Por tanto, el hecho mismo de la realización de todas las actividades preventivas es el límite general a la flexibilidad en la elección de la fórmula de organización por el empresario. Es decir, el empresario podrá elegir el modelo para su empresa que le permiten las normas dentro del abanico

¹⁰⁰ Así se deduce de la legislación vigente, y así lo recoge la doctrina: SALA FRANCO, T., *Los Sistemas de Prevención de Riesgos*, Alcor de MGO, núm. 4, 2005, pp. 11. GONZÁLEZ ORTEGA, S., *La organización de la prevención por el empresario: los servicios de prevención*, op. Cit., pp. 22.

de los posibles, pero siempre que con él se consigan realizar de manera suficiente y adecuada todas y cada una de las actividades preventivas que requiera la normativa para la concreta actividad empresarial de que se trate. Este límite general se puede apreciar a través de dos manifestaciones.

A) Las limitaciones generales derivadas del propio modelo legal de organización

En primer lugar, el empresario no puede articular la organización de la prevención de manera distinta a las posibilidades ofrecidas por la LPRL y el RSP, siendo éstas las únicas opciones permitidas (art. 30 LPRL y 10 RSP). En este sentido, conviene tener presente que una de las características del modelo de la organización de la prevención queda referida a las limitadas opciones de subcontratación permitida. Es decir, los SPA son las únicas empresas que pueden ofrecer servicios de prevención y, las empresas tan sólo pueden contratar estos servicios a través de los SPA. Por esta razón, no se puede acudir a profesionales independientes o a empresas que presten servicios especializados de carácter similar. De hecho los SPA pueden a su vez subcontratar algunas actividades especiales pero, incluso para ellos, esta posibilidad queda limitada a los supuestos permitidos (arts. 19.1 RSP y 6 RD 843/2011).

Esta limitación en la subcontratación de actividades preventivas tiene su fundamento en el propio contenido del encargo de la actividad a realizar y en el control necesario que la empresa debe hacer sobre las actividades preventivas contratadas. En este sentido, hay que destacar la regulación de la subcontratación en el sector de la construcción en la que también se establece una prohibición de subcontratación en vertical para los contratistas del tercer nivel, y para los trabajadores autónomos y los subcontratistas de mano de obra¹⁰¹ sea cual sea su nivel en la cadena de mando (art. 5

¹⁰¹ En el análisis que hacen MERCADER UGUINA, J. R. y NIETO ROJAS, P., *La Ley reguladora del Sector de la Subcontratación en el sector de la Construcción*, Relaciones Laborales, núm. 4, 2007, tomo 1, (versión electrónica), se establecen los ejemplos para entender quiénes son subcontratistas de mano de obra: actividades que fundamentalmente precisan de aportación de mano de obra; entre otras, las siguientes: «colocación de ladrillos, material cerámico, bloques, o elementos prefabricado de tipo pladur o similares a efectos de tabiquería o revestimiento en cualquier lugar de la obra; formación de rozas, introducción de canalizaciones y su cerramiento; extendidos de morteros; construcción de estructuras en la cual se incluirán los trabajos de formación de encofrados, colocación de ferralla, vertido, batido y extendido de hormigón y desencofrado; trabajos de alicatado y solado; trabajos de pintura de paredes y fachadas; trabajos de colocación de escayolas; trabajos en cubierta de colocación de tejas o planchas de cualquier material y de impermeabilización; trabajos de revestimiento exterior de fachadas con cualquier tipo de material; trabajos de limpieza que no utilicen aparatos a presión; trabajos de abertura y cerrado de zanjas con herramientas personales, trabajos de colocación de tuberías y canalizaciones, etc.». DE LA PUEBLA PINILLA, A., “Subcontratación en el sector de la construcción:

Ley 32/2006, de 18 de octubre). En materia de organización de la prevención, al igual que ocurre con el sector de la construcción, el primer escalón está permitido mediante la contratación¹⁰², en este caso limitada exclusivamente a los SPA, mientras que el siguiente escalón, esto es la subcontratación¹⁰³ de este SPA con otras empresas está prohibida (art. 19.1 RSP), salvo supuestos en los que se necesiten conocimientos especiales, se precise de instalaciones de gran complejidad, o en los casos de los acuerdos de colaboración con otros SPA en actividades sanitarias (art. 6 RD 843/2011). Así pues, la prohibición o limitación de las subcontrataciones se configura de este modo como una manera de control del cumplimiento de las obligaciones preventivas por parte del empresario principal y como la única forma de garantizar que quienes realizan las actividades preventivas tengan el conocimiento completo de la situación real de cada empresa.

La segunda de las manifestaciones limitativas se encuentra en lo que la propia normativa exige del modelo organizativo elegido, y es que éste debe ser suficiente y adecuado, es decir, que el sistema de prevención individual de cada empresa debe tener la capacidad de desarrollo de las distintas especialidades, disciplinas, actividades y funciones que se requieren desde la prevención de riesgos en el ámbito laboral. Aunque estos conceptos serán tratados en el siguiente epígrafe, esa suficiencia y adecuación de la fórmula elegida necesita del análisis de varios criterios que establece el art. 31.4 LPRL. Se trata, por un lado, del tamaño de la empresa, a lo que se debería añadir también el tipo de estructura que la misma posea, de forma que, por ejemplo, el empresario no puede asumir la prevención en empresas medianas o grandes, o no será suficiente con designar trabajadores sino que habrá que acudir a la ayuda de otras fórmulas, fundamentalmente de los SPA; por otro lado, de la peligrosidad de la actividad que realiza la empresa, para lo que habrá que atender fundamentalmente al Anexo I del RSP, aunque esta peligrosidad no sólo debería medirse por este listado sino que debería ser entendida como un concepto más amplio en el que se pudieran incluir actividades, agentes, procesos o condiciones que, pese a no estar expresamente incluidas, también puedan comprender cierta peligrosidad. En este caso, y también a modo de ejemplo, tampoco el empresario puede asumir la prevención (art. 11.1 b) RSP), o se reduce el número de trabajadores para que sea obligatorio constituir un SPP (de 500 a 250, art. 14 b) RSP); y, por último, la distribución de los riesgos, que se

responsabilidades empresariales en materia laboral, de Seguridad Social, y de prevención de riesgos”, en MERCADER UGUINA, J. R., *Las relaciones laborales en el sector de la construcción*, Valladolid, Lex Nova, 2008, pp. 339-343.

¹⁰² Es el acto mediante el cual la empresa encarga al SPA la realización de las actividades preventivas que se comprometan a través del concierto preventivo

¹⁰³ El término subcontratación se define por primera vez, precisamente en el art. 3 h) de la Ley 32/2006, reguladora de la subcontratación en la construcción como: *La práctica mercantil en virtud de la cual el contratista o subcontratista encarga a otro subcontratista o trabajador autónomo parte de lo que a él se le ha encargado*

establece como criterio en el art. 31.4 c) LPRL, aunque el RSP no ha manifestado nada a este respecto, debería ser un elemento más a tener en cuenta, no tanto para la determinación de la obligatoriedad de una u otra modalidad de organización de la prevención, ya que nada se establece de manera concreta, sino para una posible modulación de esa obligación, y desde luego, para la determinación de la suficiencia y adecuación de esa organización en cuanto a los medios materiales, a los recursos humanos, a su capacitación y dedicación y, en definitiva, a cualquier cuestión que se pueda valorar a estos efectos.

B) Las limitaciones particulares que hacen que la flexibilidad tenga ciertas dosis justificadas de rigidez

También se pueden traer a colación algunos aspectos de la regulación que se constituyen como limitaciones concretas a esa flexibilidad del empresario en su elección y configuración del sistema de organización preventiva. En primer lugar, en relación con la asunción por parte del empresario hay actividades preventivas que están excluidas, como es el caso de la vigilancia de la salud (art. 11.2 RSP), situación que, como se verá en el Capítulo IV, se debe a la protección del derecho a la intimidad del trabajador, y a la capacidad y la formación necesarias para desarrollar las actividad propias de la especialidad de medicina del trabajo. Esta misma exclusión podría establecerse respecto de la figura del trabajador designado, aunque plantea algunas dudas dada la inexistencia de una prohibición normativa expresa.

En segundo lugar, y por lo que respecta a la fórmula de los SPP, se encuentra la obligación de tener que constituir un SPP cuando se trate de empresas de más de 500 trabajadores o de más de 250 trabajadores si realiza actividades peligrosas del Anexo I. Por otro lado, el RSP establece, precisamente en relación con los SPP, que cuando no se asuma la totalidad de las actividades preventivas por éste, tendrá que acudir obligatoriamente a un SPA (art. 15.4 RSP), por lo que la conjunción entre ambos servicios de prevención se convierten en el modelo a seguir y respecto del cual poco puede decidir el empresario. En tercer lugar, y ahora respecto de los SPM, al tener naturaleza de SPP (art. 21.3 RSP) le será aplicable lo dispuesto para éstos (art. 15.4 RSP), por lo que aquella especialidad que no sea realizada por el SPM deberá ser contratada con un SPA (sólo será una especialidad porque el SPM deberá contar con, al menos, tres especialidades preventivas).

Todos estos límites, que se tendrá ocasión de analizar en profundidad a lo largo del trabajo, dan cuenta, por un lado, que el empresario queda condicionado en su decisión de organización de la prevención, por lo que el modelo, pese a ser flexible, queda, en cierto modo, limitado; y, por otro, que este tipo de limitaciones favorecen la opción por la externalización de la actividad preventiva. Ahora bien esas dosis justificadas de

rigidez impuesta a la libertad del empresario no se han materializado en una imposición de medios internos como recursos prioritarios. Salvo la obligación inexcusable de constituir con dos especialidades un SPP en el caso de determinadas empresas, el resto de los límites que se han mencionado conducen al empresario finalmente a tener que contratar la organización de su actividad preventiva con entidades externas especializadas y acreditadas. La falta de jerarquía organizativa, permite pues que la opción por la externalización se convierta en una elección habitual facilitada por el margen de decisión otorgado al empresario, aunque esta elección también sea, en muchos casos, precisamente consecuencia de los límites que se le han puesto.

2.4. La posibilidad de organizar la prevención a través de distintas fórmulas: la regla de la compatibilidad

Dentro del marco de la flexibilidad de elección hay que plantear la posibilidad de combinar varias fórmulas organizativas en una misma empresa. La compatibilización de las diversas formas de organización de la prevención tiene su fundamento en la necesidad de establecer cuál opción es la mejor en cada caso, porque todo dependerá de la propia estructura de la empresa, de los centros de trabajo, de los riesgos de cada centro, y de la peligrosidad y especificidades de las actividades que se realicen; fundándose la compatibilidad en el hecho de que, normalmente, la fórmula elegida no desarrollará toda la actuación preventiva teniendo que existir conexiones entre las diversas modalidades. Posibilidad que, además, resulta imprescindible si se tiene presente que en toda empresa debería existir una mínima estructura preventiva interna.

El art. 7.6 de la Directiva Marco permite, pese a su confusa redacción, una clara flexibilidad organizativa, en aras a la admisión de la compatibilidad entre el personal propio y los servicios de prevención externos¹⁰⁴. A esta conclusión se llega fundamentalmente gracias al segundo apartado del precepto que establece la necesidad de que *el/los trabajador/es y/o el/los servicios de prevención deban colaborar cuando sea necesario*. En el ordenamiento español, la mezcla de los sistemas de organización se convierte en muchos de los casos en una necesidad para dar cumplimiento al deber impuesto por los arts. 30 y 31 LPRL. La Ley ya recoge expresamente la posibilidad de que el empresario recurra a varios servicios de prevención propios (art. 31.1 LPRL) o concertar con uno o varios servicios de prevención ajenos (art. 15.4 RSP), y ello sin

¹⁰⁴ Art. 7.6 de la Directiva Marco 89/391/CEE: *La protección y la prevención de los riesgos para la seguridad y la salud que son objeto del presente artículo se garantizarán por uno o varios trabajadores, mediante un solo servicio o mediante servicios diferentes, ya sea(n) interno(s) o externo(s) a la empresa y/o establecimiento. El (los) trabajador(es) y/o el (los) servicio(s) deberán colaborar cuando sea necesario*

perjuicio, como se verá de que haya otras posibles combinaciones de fórmulas organizativas.

2.4.1. Los problemas para compatibilizar las distintas fórmulas organizativas

La compatibilidad entre las distintas fórmulas plantea una serie de cuestiones que es necesario analizar antes de pasar a su concreción en cada caso... La primera cuestión gira en torno a la interpretación del art. 15.4 RSP y, por tanto, del 16.1 RSP¹⁰⁵ que permitirá finalmente entender que se puede recurrir al mismo tiempo a tres fórmulas diferentes. La segunda cuestión queda referida al SPP y la necesidad o no de que se constituyan varios SPP en una misma empresa tal y como deja entrever el art. 31.1 LPRL¹⁰⁶.

A) Los preceptos limitadores de la compatibilidad y los argumentos a favor de la misma

Si se atiende al tenor literal del art. 15.4 RSP, la posibilidad de compatibilizar las fórmulas organizativas a elección de la empresa podría quedar limitada a lo establecido por tal precepto, esto es, a que aquellas actividades preventivas que no sean asumidas por el SPP tengan que ser concertadas con uno o varios SPA. Sin embargo, no parece que esta vía para la compatibilidad tenga que ser la única posible, y ello pese a que en la práctica lo normal será recurrir a los SPA. Varias son las razones que llevan a una interpretación más abierta.

¹⁰⁵ El art. 15.4 RSP establece que: *Las actividades preventivas que no sean asumidas a través del servicio de prevención propio deberán ser concertadas con uno o más servicios de prevención ajenos;* por su parte, el art. 16.1 RSP establece: *El empresario deberá recurrir a uno o varios servicios de prevención ajenos, que colaborarán entre sí cuando sea necesario, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias: a) Que la designación de uno o varios trabajadores sea insuficiente para la realización de la actividad de prevención y no concurran las circunstancias que determinan la obligación de constituir un servicio de prevención propio. b) Que en el supuesto a que se refiere el párrafo c) del artículo 14 no se haya optado por la constitución de un servicio de prevención propio. c) Que se haya producido una asunción parcial de la actividad preventiva en los términos previstos en el apartado 2 del artículo 11 y en el apartado 4 del artículo 15 de la presente disposición.*

¹⁰⁶ El art. 31.1 LPRL establece que: *Si la designación de uno o varios trabajadores fuera insuficiente para la realización de las actividades de prevención (...) el empresario deberá recurrir a uno o varios servicios de prevención propios o ajenos a la empresa, que colaborarán cuando sea necesario.*

En primer lugar, la obligación establecida en el art. 15.4 RSP de tener que recurrir a un SPA no implica la prohibición de poder acudir, además, a otras fórmulas organizativas, de forma que no puede decirse que se trate de un imperativo excluyente. En segundo lugar, y en esta misma línea, el art. 16.1 RSP establece la obligación de recurrir a un SPA en los supuestos establecidos permitiendo, de nuevo, la compatibilidad entre el SPA y el resto de fórmulas, pero no recoge ninguna prohibición para recurrir, también y además, a otra fórmulas como mecanismo para garantizar el correcto cumplimiento de la obligación de la organización. Por tanto, tampoco debería considerarse lo establecido en este precepto como excluyente del resto de opciones. En tercer lugar, y aunque parte de la doctrina se ha planteado que la norma instituye al SPA como único posible complemento de la fórmula principal elegida¹⁰⁷, si se atiende a la Directiva Marco se puede llegar a otro resultado, ya que ésta prevé la colaboración entre todas las opciones (art. 7.6 Directiva Marco), a lo que hay que añadir la existencia de preceptos en las legislación interna que permiten sostener tal posibilidad. Se trata, por un lado, del art. 30.2.2º LPRL, que establece que los trabajadores designados deberán colaborar entre sí y con el resto de servicios de prevención (sin especificar cuáles), y, por otro, del art. 11.2 del RSP que viene a establecer que, tanto la vigilancia de la salud de los trabajadores como aquellas otras actividades preventivas no asumidas personalmente por el empresario, deberán cubrirse mediante el recurso a alguna de las restantes modalidades de organización preventiva previstas; y, finalmente, el art. 12.1 RSP en cuyo párrafo segundo establece que las actividades preventivas para cuya realización no resulte suficiente la designación de trabajadores deberán ser desarrolladas a través de uno o más servicios de prevención propios o ajenos¹⁰⁸.

Por tanto, haciendo una interpretación conjunta, la solución sería la siguiente. El empresario que asuma la prevención podrá recurrir al resto de fórmulas organizativas, a los trabajadores designados y al SPP (aunque esta opción no tiene ningún sentido) y/o al SPA; y la empresa que designe trabajadores, también podría articular la fórmula del SPP y/o recurrir al SPA. Solución que, no se olvide, gira en torno a la idea de que la fórmula principal debería ser el trabajador designado que se presenta como la regla general, ya que el resto de los supuestos son descritos como aquellos en los que no será obligatoria la designación (art. 12.2 RSP)¹⁰⁹ y ante la insuficiencia de la misma

¹⁰⁷ GONZÁLEZ ORTEGA, S., Y APARICIO TOVAR, J., *Comentarios a la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales*, op. cit., pp. 195-196, que trata específicamente el tema de la compatibilidad entre el SPP y el trabajador designado. GONZÁLEZ ORTEGA, S.; MORENO MÁRQUEZ, A. M. y FERNÁNDEZ PERDIDO, F., *Comentarios al Reglamento de los Servicios de Prevención (Real Decreto 39/1997, de 17 de enero)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, pp. 92, 106 y 140.

¹⁰⁸ A favor de la compatibilidad de opciones organizativas se muestra SEMPERE NAVARRO, A. V., y CARDENAL CARRO, M., *Trasposición de la Directiva Marco de Seguridad Laboral en diferentes países de la Unión Europea*, op. cit., pp. 89

¹⁰⁹ Salvo los casos en los que el SPP prevalece en todo caso (art. 14 RSP)

(lo que no implica su inexistencia, arts. 31.1 LPRL y 12.1 RSP). En todo caso, la compatibilidad entre las fórmulas organizativas da cumplimiento a la exigencia de internalización de la prevención, porque será necesario recurrir a algún tipo de gestión interna; no elimina el factor de preferencia de unas fórmulas sobre otras respetando cierta flexibilidad del empresario en la elección; y, además, favorece que el modelo elegido cumpla las previsiones de suficiencia y adecuación¹¹⁰.

B) La innecesaria existencia de varios servicios de prevención propios

La segunda cuestión que es necesario aclarar se refiere a las alusiones que hace el legislador (quizá por una incorrecta traducción y trasposición de la Directiva al ordenamiento interno) a la existencia de varios servicios de prevención propios en el art. 31.1 LPRL y que repite en el art. 12.1 RSP. Para buscar un sentido a estas referencias no es posible acudir, a la Directiva Marco porque esta no prevé la fórmula del SPP diferenciada de los trabajadores designados¹¹¹. El problema que se deriva de esta regulación es si realmente existe una obligación de tener que tener varios servicios de prevención propios. La primera respuesta que se puede ofrecer a tal cuestión es negativa simplemente por el hecho de que, cuando se hace referencia a la necesidad de recurrir a varios servicios de prevención, alternativamente se prevé la posibilidad de recurrir a servicios de prevención ajenos. Ahora bien, la cuestión es realmente si tiene sentido el texto de la norma cuando hace alusión al término “varios servicios de prevención propios”. El problema radica, una vez más, en la confusión de la norma cuando se refiere al concepto de servicios de prevención. La solución pasa por entender que no hay una identificación entre servicio y entidad, de forma que el servicio de prevención es, en realidad un conjunto de funciones y actividades que lleva a cabo una entidad, en este caso propia, y que se configura como una parte de la organización general de la empresa. No obstante, podría pensarse que la existencia de varios servicios de prevención propios puede tener su lógica cuando todos o muchos centros de trabajo de una misma empresa tienen un elevado número de trabajadores (más de 500 trabajadores) o, cuando en todos o en muchos de esos centros de trabajo se desarrollan actividades peligrosas (Anexo I del RSP para empresas de más de 250 trabajadores. Sea como fuere, atendiendo a criterios de razonabilidad, no puede interpretarse el recurso a varios servicios de prevención propios como la necesaria

¹¹⁰A favor de esta postura LÓPEZ TERRADA, E., *Los servicios de prevención propios*, op. cit., pp. 79-80

¹¹¹ Además el SPP no es una categoría que se haya previsto como tal en ningún otro ordenamiento de la unión europea en el sentido de ser algo diferente a los trabajadores designados, ya que lo que se prevé es una organización interna en conjunto SEMPERE NAVARRO, A. V., y CARDENAL CARRO, M., *Trasposición de la Directiva Marco de Seguridad Laboral en diferentes países de la Unión Europea*, op. cit, pp. 82 y 107.

existencia varios SPP en una misma empresa, sino más bien, en su caso, de un único SPP para toda la empresa aunque sea necesario descentralizarlo territorialmente reproduciendo los recursos humanos y materiales de éste en otros centros de trabajo que por su propias características lo necesiten (elevado número de trabajadores, peligrosidad de la actividad, lejanía del la sede central del SPP pero cercanía a otros centro de trabajo, etc.). Además, esta confusión podría quedar subsanada en el sentido dado en el resto de las normas reguladoras de los SPP que aluden a la constitución de un SPP en la empresa¹¹².

2.4.2. La convivencia en una empresa de las distintas opciones organizativas

La necesaria convivencia de las distintas fórmulas organizativas previstas por el legislador se debe a una serie de factores que pueden presentar las empresas y ello teniendo presente que, salvo supuestos de obligatoriedad de constitución de un SPP, la realidad es que todas las empresas pueden externalizar de manera total la organización de la prevención a través de uno o varios SPA, por lo que en muchos casos no se plantea como problemática la combinación de varias opciones. Para el resto, esa convivencia de varias fórmulas se convierte en eje necesario del cumplimiento correcto de la obligación. Para determinar la combinación será necesario tener en cuenta en primer lugar, el tamaño de la empresa y la estructura de la misma, en segundo lugar, la peligrosidad de la actividad y, en tercer lugar, la distribución de los riesgos, lo que se traduce en un criterio de ubicación geográfica de los riesgos.

El tamaño de la empresa determina la existencia de una organización más o menos compleja en cuanto al número de recursos humanos y materiales que será necesario tener para ejercer la actividad de prevención de manera adecuada. También la estructura más o menos compleja de la empresa, como la existencia de uno o varios centros de trabajo, el tipo de contratación predominante con presencia de numerosos trabajadores temporales, la existencia de centros en los que haya concurrencia de varias empresas con abundante necesidad de coordinación de actividades, etc., da lugar a una estructura también más o menos compleja de la fórmula organizativa. Por lo que hace a la peligrosidad de las actividades hace surgir, la necesidad de llevar a cabo actividades preventivas específicas en relación con ese tipo de actividad y la generación de unos riesgos concretos, lo que a su vez genera la necesidad de profesionales con conocimientos especializados en las mismas. Por último, en lo que tiene que ver con la distribución de los riesgos, es un factor que se da como consecuencia de la unión de los anteriores, es decir, habrá que atender a su existencia en función de los lugares de la empresa en los que se producen, de forma que habrá

¹¹² Art. 14 RSP: *El empresario deberá constituir un servicio de prevención propio cuando concurran alguno de los siguientes supuestos (...); art. 15.1 RSP: El servicio de prevención propio constituirá una unidad organizativa específica (...).*

que tener en cuenta dónde se concentran los mayores índices de peligrosidad. De la interrelación de todos estos criterios o factores se podrá derivar la necesidad de organizar la prevención en la empresa de una u otra manera y atendiendo o no a fórmulas de complementariedad o de compatibilidad.

A) La compatibilidad de la asunción de la prevención por el empresario con otras fórmulas organizativas

Cuando el empresario asume la prevención, es indispensable que tenga que recurrir a otras opciones organizativas dado que, al menos la vigilancia de la salud, deberá ser llevada a cabo por un especialista que, en ningún caso, puede ser el mismo empresario (art. 11.2 RSP¹¹³). Sin entrar en la posibilidad de que haya trabajadores designados que puedan realizar esta vigilancia de la salud, cuestión sobre la que se profundiza en el capítulo IV de este trabajo, sí que se puede plantear la posibilidad de que el empresario tenga trabajadores designados que se puedan ocupar de otras actividades preventivas que el empresario no asuma como propias. Partiendo de la base de que esta es una fórmula absolutamente voluntaria para el empresario, él podrá determinar el alcance de esa asunción, las actividades que puede llevar a cabo, y, para aquellas que no realice, podrá acudir a la vía de la designación de trabajadores, o podrá concertar uno o varios servicios de prevención ajenos su realización.

Admitida la posibilidad de compatibilizar las distintas opciones, podría darse la situación de que convivieran tres fórmulas organizativas. Piénsese por ejemplo en el caso de una empresa pequeña con una actividad que, no siendo calificada de peligrosa por el Anexo I (lo que impediría que el empresario asumiera la prevención), conlleva riesgos de cierta entidad. Aunque el empresario desarrolle su actividad de manera habitual en el centro de trabajo y tenga la capacidad para desempeñar algunas tareas preventivas, puede necesitar el apoyo de algún trabajador que adquiera la condición de designado y que pueda estar capacitado para el desarrollo de otras funciones preventivas; además de que concierte con un SPA la vigilancia de la salud. Situación esta, que como se ve, permite que haya una convivencia de tres fórmulas organizativas perfectamente compatibles.

¹¹³ Art. 11.2 RSP: *La vigilancia de la salud de los trabajadores, así como aquellas otras actividades preventivas no asumidas personalmente por el empresario, deberán cubrirse mediante el recurso a alguna de las restantes modalidades de organización preventiva previstas en este capítulo.*

B) La compatibilidad de los trabajadores designados con otras fórmulas organizativas

La designación de trabajadores, como ya se ha dicho en alguna ocasión, tal y como está configurada en el ordenamiento español y pese a que finalmente no se constituye como obligatoria, es una fórmula sobre la que deberían girar el resto, ya que la LPRL establece la posibilidad de recurrir a otras ante la insuficiencia de esos trabajadores designados. Así pues, debe considerarse adecuado que una empresa pueda designar trabajadores, aunque tenga que tener un SPP, y por supuesto, aunque recurra también a un SPA; así cada uno de ellos puede asumir algún aspecto parcial de la prevención y ser complementada su actuación con cualquiera de las otras modalidades¹¹⁴.

Sobre la compatibilidad entre los trabajadores designados y el SPP hay dos posiciones¹¹⁵. La primera entiende que no es necesaria tal combinación puesto que la creación del SPP supone la desaparición de los trabajadores designados o la integración de éstos en ese servicio de prevención¹¹⁶. La segunda, en cambio, sostiene la posibilidad de la designación de esos trabajadores fuera del SPP en centros de trabajo distintos del lugar donde presta servicio el SPP, pero siendo complementada la actividad que desarrollan con la asistencia y el asesoramiento del SPP o del SPA en su caso¹¹⁷.

La compatibilidad entre ambas modalidades, puede ser una solución adecuada a la situación de empresas con centros de trabajo distantes geográficamente, y además se justifica en el hecho de que los trabajadores designados no tienen por qué contar con dedicación exclusiva a las tareas preventivas. La atribución a los trabajadores designados del deber de exclusividad, para entender que forman parte de los SPP, podría ser excesivo para las necesidades de los centros de trabajo pequeños o de escasa peligrosidad¹¹⁸. Así pues, la finalidad de esta consideración separada de fórmulas, lograría una presencia constante de una persona con funciones preventivas como fórmula organizativa que además puede llevar a cabo las actividades preventivas

¹¹⁴ SEMPERE NAVARRO, A.V. y CARDENAL CARRO, M., *Trasposición de la Directiva Marco de Seguridad Laboral en diferentes países de Europa*, Madrid, Mapfre, 2000, pp. 83-89.

¹¹⁵ También hay quien entiende la posibilidad de una fórmula mixta, es decir, que no puede haber compatibilidad en los supuestos de obligada constitución, pero si que puede existir en los supuestos de constitución voluntaria del SPP: GONZALEZ CORDERO, J., *La protección frente al despido disciplinario de los trabajadores integrantes del servicio de prevención*, Actualidad Laboral, Tomo I, 1998, pp. 76.

¹¹⁶ GONZALEZ ORTEGA, S., MORENO MÁRQUEZ, A., FERNANDEZ PERDIDO, F., *Comentarios al Reglamento de los Servicios de Prevención (Real Decreto 39/1997, de 17 de enero)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, pp. 45; En este mismo sentido, LUQUE PARRA, M., *La organización de la prevención en la empresa*, op. cit., pp. 92, donde además apoya su argumento a favor de la integración de los trabajadores designados en la propia Disposición transitoria Primera del RSP.

¹¹⁷ DIAZ MOLINER, R., *Derecho de prevención de riesgos laborales*, vol. II, op. Cit., pp. 91-92.

¹¹⁸ *Ibidem.*, pp. 92.

adecuadas a su capacidad y formación, y la posibilidad de que sea un enlace con el SPP que coordinará todas sus funciones, por lo que ambas son perfectamente compatibles.

C) La compatibilidad de la constitución de los SPP y los SPM con otras fórmulas organizativas

Esta posibilidad queda recogida expresamente por la norma, al permitir concertar con un SPA aquellas actividades preventivas que no sean asumidas por el SPP (arts. 15.4 RSP y 16.1 c) RSP), fijando los términos en los que se puede hacer ese concierto en lo que respecta al factor geográfico y en lo que hace a las concretas especialidades que se asumen y que se externalizan, cuestión esta segunda que se analizará como parte de la necesaria interdisciplinariedad que debe concurrir para que el modelo preventivo sea suficiente y adecuado y que se verá en el siguiente epígrafe.

En relación con la posibilidad de compatibilizar teniendo en cuenta el elemento geográfico, hay que diferenciar el supuesto de empresas con un único centro de trabajo, o con centros de trabajo cercanos geográficamente en los que la cuestión es clara: habrá un SPP que asumirá algunas de las especialidades preventivas (mínimo dos de ellas: art. 14 RSP) y podrá contratar con un SPA aquellas que no se vayan a desarrollar. Ahora bien, si se trata de empresas grandes con más de un centro de trabajo, o que realizan actividades peligrosas en centros de trabajo o plantas de producción separadas geográficamente, y la empresa está obligada a tener un SPP que cuente con al menos dos especialidades preventivas, la cuestión se plantea en torno a la posibilidad de que el SPA pueda asumir esas especialidades en los centros más separados del área de actuación del SPP. A priori, si la empresa recurre a un SPA, será para concertar aquellas actividades no asumidas, pudiendo dar cobertura a toda la empresa, ya que la mayoría de los SPA prestan servicios en todo el territorio nacional. Pero, qué sucedería con las especialidades asumidas por el SPP: ¿se podría pensar en la posibilidad de concertar con un SPA estas especialidades para aquellos centros de trabajo geográficamente alejados del lugar donde se encuentra esa área de actuación del SPP? Si se atiende a la literalidad del precepto, las actividades asumidas por el SPP deben serlo al completo para toda la empresa y sólo aquellas actividades o especialidades que no sean asumidas deberán concertarse de forma externa.

Pero no es sólo una cuestión de literalidad del precepto sino que no puede olvidarse que precisamente la finalidad de la Ley, cuando establece la obligación de constituir un SPP, es la de garantizar la presencialidad, asesoramiento y apoyo de forma directa y a través de medios internos en toda la empresa, debido a sus especiales características de tamaño y especialidad. Entender que el SPA pueda realizar la prevención, no sólo de las especialidades que el SPP no haya asumido, sino también

de aquellas que sí que lo haya hecho, podría llevar a suponer que la organización de la prevención se articula en función de los centros de trabajo y no de la empresa en conjunto. Admitir esto es afirmar que, dentro de una misma empresa, algunos centros de trabajo podrían tener un SPP y otros tendrían sólo un SPA y ello en función exclusivamente de un factor de localización de los centros, algo que la norma no está contemplando en modo alguno¹¹⁹.

Por último, también hay que mencionar la posible compatibilidad entre la fórmula del SPM y el resto. En este caso, partiendo de la base de que, por un lado, se trata de un servicio de prevención propio que tiene que estar dotado de, al menos, tres de las cuatro especialidades preventivas (art. 21.3 RSP), puede decirse que, no sólo es posible la compatibilidad, sino que es necesaria en todos los casos en los que esos SPM tengan tres especialidades. La cuestión se complica cuando hay que determinar las fórmulas que pueden convivir con el SPM, partiendo de la base de que la normativa no hace ninguna referencia. Teniendo en cuenta que la naturaleza del SPM es la de un SPP, habrá que tratarlo en este sentido como tal, y por tanto, entender la necesidad de concertar un SPA para que asuma la especialidad que le falte. Pero, igual que ocurre en los SPP, también se podría pensar en la existencia de otras fórmulas como podría ser la asunción por el empresario, siempre que se cumplieran los requisitos, o los trabajadores designados, que serían parte de cada una de las empresas participantes y que podrían encargarse de las actividades preventivas correspondientes a esa especialidad (siempre que no se tratara de la especialidad de medicina del trabajo). No parece ésta una opción demasiado operativa, por cuanto existiría una estructura conjunta de prevención para todas las empresas que forman el SPM y una organización de prevención individual en cada empresa respecto de las actividades preventivas o la especialidad no asumida. En todo caso, será en el acuerdo de constitución donde podrá establecerse esta posibilidad y las empresas participantes deberán estar conformes con ella.

Sin embargo, lo que sí puede plantearse, y no existe ninguna restricción a ello, es una compatibilidad entre el SPM y el SPA respecto de la especialidad que no se haya constituido, así como la existencia en el interior de las empresas de otras opciones organizativas. Se trataría de ir más allá de esa especialidad, que será contratada con un SPA, y que las empresas participantes de manera particular pudieran designar trabajadores que, además de ser perfectamente compatibles tanto con el SPM como

¹¹⁹ El legislador empieza a introducir el elemento locativo/geográfico para los casos de empresa con centros de trabajo dispersos pero para aspectos muy concretos de la organización preventiva. Es el caso concreto previsto en relación con la posibilidad de elaborar acuerdos de colaboración entre SPA (art. 6 RD 843/2011), o como criterio para subcontratar por parte del SPP a los SPA algunas de las actividades de medicina del trabajo aunque tengan la especialidad constituida de manera interna en la empresa (art. 9 RD 843/2011).

con el SPA, suponen una mejora de la fórmula en cuanto al uso de medios propios en cada empresa que se encarguen de la prevención.

3. LA SUFICIENCIA Y ADECUACIÓN DEL SISTEMA ORGANIZATIVO DE LA EMPRESA

3.1. Definición de suficiencia y adecuación. Criterios y factores a tener en cuenta para su determinación

Suficiente, adecuado, apropiado y/o necesario son de ese grupo de conceptos que en derecho han sido considerados como conceptos jurídicos indeterminados o de contenido variable¹²⁰. Se configuran como una técnica del legislador para reducir el margen de discrecionalidad que puede contener una norma jurídica, pero sin ofrecer pautas precisas para su aplicación concreta en cada caso. No obstante, se trata de conceptos útiles en el bien entendido de que pueden dar solución a situaciones muy variadas, que pueden limitar o ampliar los poderes del empresario. En este sentido, podrán ser las autoridades laborales y sanitarias y la ITSS, primero, y después, y en última instancia, los órganos judiciales los que habrán de determinar cuál es la voluntad del legislador concretando cada concepto jurídico indeterminado al caso¹²¹.

Los conceptos utilizados por las leyes pueden ser determinados o indeterminados. Los conceptos determinados delimitan el ámbito de realidad al que se refieren de una manera precisa e inequívoca. Por el contrario, con la técnica del concepto jurídico indeterminado, la ley refiere una esfera de realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en su enunciado, no obstante lo cual, intenta delimitar un supuesto concreto. La ley no determina con exactitud los límites de esos conceptos porque no admiten una cuantificación o determinación rigurosas, pero en todo caso es manifiesto que se está refiriendo a un supuesto de la realidad que tiene que ser precisado en el momento de la aplicación. Lo esencial del concepto jurídico indeterminado es que la indeterminación de su enunciado no se traduce en una indeterminación de las aplicaciones del mismo, sino que sólo se permite una unidad de solución justa en cada supuesto¹²². En todo caso, estos conceptos permiten que los mandatos jurídicos tengan cierta elasticidad para acomodar la normativa a las diversas circunstancias del

¹²⁰ ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M^a. E., *Derecho del Trabajo*, Madrid, Civitas, 26^a. 2009, pp. 279, establecen que la LPRL está vacía de normas sustantivas y llena de normas adjetivas.

¹²¹ Sobre los conceptos jurídicos indeterminados, GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado*, Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 89, 1996, pp. 81. De los autores que tratan este tema desde la perspectiva de la organización de la prevención, LUQUE PARRA, M., *La organización de la prevención*, op. cit., pp. 73-75.

¹²² A diferencia de lo que ocurre con la discrecionalidad que permite una pluralidad de soluciones justas, cuya concreción se fundamenta en criterios extrajurídicos sometidos a juicios subjetivos. RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., *Discrecionalidad y motivación del acto administrativo en la ley española de procedimiento administrativo*, Derecho PUCP, núm. 67, 2011, pp. 211-217.

supuesto sobre el cual se genera una importante dosis de inseguridad jurídica. En su definición habrá que tener presente que estos conceptos remiten a estándares de comportamiento que deben ser manejados en razón a las circunstancias del contexto en el que se tienen que insertar y que deberán ser interpretados conforme a los objetivos y principios de las normas.

El destinatario de estos conceptos, que será en última instancia el juez pero también aquellos que intervienen de una forma u otra en la organización de la prevención (empresas, representantes de los trabajadores, expertos en prevención, la administración pública, etc.), deberán colaborar en mayor o menor medida en su definición. Intervención que no se puede realizar con absoluta libertad ya que la indeterminación jurídica de la Ley no supone una discrecionalidad absoluta y una plena libertad de criterios¹²³. Es por ello, que quienes tengan que definir qué es suficiente adecuado, idóneo, necesario, etc., deberán tener en cuenta varios factores¹²⁴. Por tanto, para definir y buscar una solución al concepto jurídico indeterminado e interpretar el mismo habrá que acudir a distintos criterios e interrelacionarlos. Entre esos criterios se encuentra, por un lado, la finalidad de la norma y los intereses que pretende tutelar así como los objetivos concretos de la política en materia de salud; por otro, los principios que inspiran el bloque institucional y normativo de que trate causa que en este caso son los principios de la acción preventiva; y, por último, la propia conciencia social acerca de la solución más adecuada a los conflictos que la norma trata de solventar.

3.1.1. La suficiencia y adecuación como elementos indispensables del modelo organizativo

La suficiencia utilizada en las normas de prevención como concepto jurídico indeterminado tiene que analizarse en relación con el caso concreto dentro del ámbito en el que se hace referencia, debiendo definirse de acuerdo con los criterios que la prevención ha determinado como valorables para esa suficiencia y siempre teniendo presente el fin que se quiere tutelar, en este caso, el cumplimiento de la obligación del empresario de organizar la prevención para proteger la seguridad y salud de los trabajadores así como los principios que configuran la acción preventiva (art. 15

¹²³ Es diferente el concepto jurídico indeterminado de la discrecionalidad en la que hay una cierta libertad de elección GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNANDEZ RÓDRIGUEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, Civitas Thomson Reuters, 2015, pp. 459. “La indeterminación del enunciado no se traduce en la indeterminación de las aplicaciones del mismo, los cuales solo permiten una unidad de solución justa en cada caso a las que se llega mediante una actividad de cognición, objetivable por tanto, y no de volición”.

¹²⁴ ARA PINILLA, I., *Presupuestos y posibilidades de la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados*, Anuario del Filosofía del derecho, núm. 21, 2004, pp. 107-124. El autor entiende que para poder entender los conceptos jurídicos indeterminados hay que conjugar todos los criterios que defienden las distintas tesis: la objetivista, la finalista y la intersubjetiva.

LPRL). Así, por ejemplo, un número determinado de trabajadores designados podrá ser suficiente en una empresa en función de los criterios de tamaño, peligrosidad y distribución de los riesgos, criterios que a su vez tienen en cuenta los factores con los que se define el concepto indeterminado de suficiencia que utiliza la norma al referirse a los trabajadores designados en los arts. 30 y 31 LPRL.

La adecuación, término al que se alude constantemente en materia preventiva, debe ser entendido también como un concepto jurídico indeterminado. Pero en esta ocasión la adecuación se ha definido en el ámbito y con ocasión de la determinación del contenido de los derechos fundamentales. Toda intervención ya sea legislativa, ya sea de la administración, judicial o de cualquier particular, debe ser adecuada a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo. Esta definición impone dos exigencias. De una parte, la legitimidad constitucional del fin y, de otra, la idoneidad de la medida examinada. En este último caso, para que una medida sea idónea debe tener algún tipo de relación fáctica con el fin que se propone, es decir, debe contribuir de alguna manera a la protección de otro derecho fundamental o de otro bien jurídico¹²⁵. Resulta más sencilla una aproximación al concepto de adecuación desde un punto de vista negativo. Esto es, las medidas adoptadas a través de las intervenciones de las empresas y los trabajadores o sus representantes no son idóneas o adecuadas cuando no contribuyen a su fin inmediato. De manera concreta, en relación con la prevención, la adecuación debe ser entendida en su versión más fuerte de forma que las medidas adoptadas son idóneas sólo si contribuyen a la mayor eficacia, rapidez, plenitud y seguridad del fin que persiguen. Una versión más débil de adecuación llevaría a entender como idónea o adecuada una medida que simplemente tenga una relación positiva y contribuya a la realización del fin, algo que en la adecuación preventiva no admite ningún tipo de consideración, porque no estaría contribuyendo a la protección del fin último que es la seguridad y salud de los trabajadores. La adecuación del modelo organizativo no sólo debe contribuir al fin perseguido sino que debe permitir que se consiga con la máxima seguridad, eficacia y rapidez¹²⁶.

En definitiva, la suficiencia y la adecuación son dos conceptos que se definen en relación con el caso concreto para el que establecen y con el fin tutelador último de la norma respectivamente, esto es, la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores. Y una cosa es consecuencia de la otra; es decir, si una organización preventiva es adecuada es porque con ella se cumple el fin para la que se creó y, por tanto, son suficientes los medios y recursos que se articulan. Pero estos conceptos

¹²⁵ BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios políticos y constitucionales, 2007, 3ª ed., pp. 693

¹²⁶ Las versiones fuertes y débiles de la adecuación son analizadas por BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op. Cit., pp. 724-726. El autor defiende una postura débil en relación con el análisis que hace sobre la idoneidad y proporcionalidad de las medias legislativas que establecen contenidos y afectan a los derechos fundamentales.

pueden tener una materialización diferente en cada caso ya que lo que es suficiente y adecuado para algunas empresas, puede no serlo para otras. El problema reside en que la suficiencia de medios y la adecuación del modelo preventivo, al fin, tienen un carácter fundamentalmente empírico. Para determinar con el mayor grado de seguridad lo que es realmente suficiente y adecuado, hay que atender a la realidad de los resultados obtenidos desde el punto de vista de la eficacia de la tutela en materia de prevención de riesgos laborales en cada empresa. Es decir, que se sabrá con precisión o detalle si la modalidad preventiva elegida y los recursos materiales y humanos utilizados son suficientes y adecuados cuando se haya conseguido eliminar los riesgos, evitar aquellos que no se han podido eliminar, se haya realizado una adecuada integración y gestión de la prevención, con una evaluación de riesgos y una planificación de la actividad preventiva correcta, etc. Lo que ocurre es que eso puede suponer, en la mayoría de los casos, “cargar con el riesgo del fracaso”¹²⁷, ya que sólo se sabrá si los recursos empleados son insuficientes o inadecuados, a posteriori, cuando se hayan generado riesgos inaceptables o, mucho peor, cuando se haya producido algún accidente de trabajo o una enfermedad profesional. Sin embargo, la finalidad de la regulación normativa es determinar a priori esa adecuación y suficiencia como mecanismo para garantizar los fines, teniendo en cuenta la necesidad, eficacia e indispensabilidad de los medios y recursos; algo que se podrá determinar, con más o menos exactitud, atendiendo a una serie de criterios que las normas van estableciendo a lo largo del articulado, y que son consecuencia de una regulación normativa que se ha producido de forma progresiva.

3.1.2. Los criterios que sirven a la determinación de la suficiencia y adecuación de cada una de las fórmulas organizativas o de la combinación de ellas.

La suficiencia y adecuación se predica no sólo como elemento del modelo organizativo, sino también de cada uno de los requisitos que deben cumplir cada una de las opciones organizativas que conforman ese modelo. De esta manera, sabiendo lo que es suficiente y adecuado respecto de cada uno de esos requisitos, o al menos encontrando los criterios para determinarlo, podría establecerse una primera aproximación sobre qué es un modelo organizativo de prevención suficiente y adecuado. A este efecto, a continuación se recogen, en primer lugar, una serie de criterios generales o condiciones que, sin estar recogidos expresamente en la normativa, se predicen como necesarios en todo caso de los elementos de suficiencia y adecuación. Después se hará alusión a los criterios específicos recogidos en la LPRL, en función de los cuales se atiende a distintas variables que, a su vez, van a ir determinando la suficiencia y adecuación que, con carácter mínimo debe tener toda organización preventiva.

¹²⁷ GONZÁLEZ ORTEGA, S., *La organización de la prevención por el empresario: los servicios de prevención*, op. Cit., pp. 24.

A) Condiciones generales de la suficiencia y adecuación

Hay varios criterios que podrían denominarse generales porque su existencia es condición *sine qua non* para que se entienda cumplido el elemento de la suficiencia y para que pueda apreciarse la adecuación del modelo implantado en la empresa en cualquiera de los distintos tipos de organización preventiva.

a) Interdisciplinariedad: un requisito común con diferente nivel de exigencia

En primer lugar, la organización preventiva debe tener un carácter interdisciplinario (arts. 31.4 LPRL y 10.3 RSP), lo que implica que la estructura organizativa debe realizar distintas actividades preventivas y, a su vez, hacerlas desde distintas perspectivas; de forma que, no sólo se deberán realizar evaluaciones de puestos de trabajos, sino que también habrán de hacerse evaluaciones de las condiciones ambientales de la empresa; valorarse la exposición a factores psicosociales; analizarse las condiciones de salud de los trabajadores, no sólo desde la vigilancia individual sino también con instrumentos de vigilancia colectiva y análisis de la influencia del trabajo en la salud de los trabajadores en general, etc. En razón de los concretos riesgos de cada empresa, cada fórmula deberá estar dotada de los medios necesarios para cumplir las tareas que le son encomendadas, teniendo en cuenta que la diversidad de ámbitos en los que interviene un servicio de prevención hace que todo diagnóstico tenga necesariamente carácter interdisciplinar¹²⁸. Este carácter interdisciplinario que delimita, en definitiva, los contornos de los medios necesarios, se manifiesta en la propia LPRL, expresamente en el art. 31.4 y de manera indirecta a través del listado de materias que se constituyen como repertorio y contenido de las funciones de asesoramiento y apoyo a realizar por el servicio de prevención y que son, al fin y al cabo, una forma de especificación de las obligaciones del empresario establecidas a lo largo de la LPRL.

De manera concreta, la interdisciplinariedad tiene su máximo reflejo en la norma a través de la configuración de lo que se han venido a denominar como especialidades preventivas y a las que se aluden en la regulación de los SPP (art. 15.2 RSP), de los SPM (art. 21.3 RSP) y de los SPA (art. 18.2 a) RSP) cuando se determinan los recursos de los que deben disponer. No ocurre así con las otras fórmulas cuya regulación se refiere exclusivamente a actividades preventivas. Por tanto, mientras que los servicios de prevención ya sean ajenos, propios o mancomunados, deben contar

¹²⁸ GONZALEZ ORTEGA, S., y APARICIO TOVAR, J., *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, op. Cit., pp. 201-203.

con especialidades preventivas¹²⁹, la asunción por el empresario y los trabajadores designados se configuran como fórmulas que realizan actividades preventivas concretas y necesarias de cada disciplina. Esto significa que el empresario cuando asume la prevención, o los trabajadores designados, no tendrán que constituir las especialidades completas, sino que llevarán a cabo aquellas actividades preventivas que desde la perspectiva de la seguridad, de la higiene y de la ergonomía y psicología sean estrictamente necesarias en la empresa en la que se desarrollen.

No existe una definición de especialidad preventiva como tal. Pero del conjunto de las alusiones que hace el RSP puede extraerse que las especialidades son el conjunto de actividades preventivas referidas a cada una de las disciplinas que afrontan los riesgos de los puestos de trabajo, de los lugares comunes de cada centro de trabajo, de las empresas en su conjunto y su influencia en la salud de los trabajadores. El art. 34 RSP establece cuatro especialidades preventivas que se relacionan con las funciones preventivas de nivel superior. En primer lugar, la Seguridad en el Trabajo que se configura como el conjunto de técnicas que tienen por objeto eliminar o disminuir el riesgo de que se produzcan accidentes de trabajo tales como: evaluaciones de riesgos laborales, investigación de accidentes, control de los equipos de trabajo y maquinaria, etc. En segundo lugar, la Higiene Industrial, que es el conjunto de técnicas que tienen por objeto prevenir la aparición de enfermedades profesionales, estudiando, valorando y modificando el medioambiente físico, químico o biológico, mediante la medición de ruidos, de contaminantes químicos (polvo, gases, ...), etc. En tercer lugar, la Ergonomía y Psicología Aplicada, que es entendida como el conjunto de técnicas que pretenden la adecuación entre el trabajo y la persona, requiriendo la aplicación de distintas ciencias con el fin de conseguir su finalidad: la correcta acomodación entre el puesto de trabajo y su entorno y las características de la persona materializándose en estudios de adecuación de puestos de trabajo, manipulación de cargas, utilización de pantallas de visualización de datos, etc. Por último, la Medicina del Trabajo, que se encarga de la vigilancia de la salud de los trabajadores en relación a los factores de riesgo del puesto de trabajo, entre cuyas funciones se encuentra la realización de reconocimientos médicos iniciales y periódicos, la confección de informes epidemiológicos y el control de los riesgos desde un punto de vista de la salud laboral, etc.

¹²⁹ Un estudio en profundidad sobre cada una de las especialidades preventivas y su contenido técnico puede verse en GIL MONTE, P. R., “Especialidades Preventivas”, en ALFONSO MELLADO, C. L.; SALCEDO BELTRÁN, C. y ROSAT ACED, I., *Prevención de riesgos laborales. Instrumentos de aplicación*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, 2ª. Ed, pp. 949-1499

La configuración de las especialidades preventivas gira en torno a la propia existencia de técnicos de nivel superior (art. 34 c) RSP)¹³⁰, aunque también será necesario contar con los medios para llevar a cabo las actividades preventivas en el nivel exigido. Dado que el empresario y los trabajadores designados no tienen por qué ser técnicos superiores, las especialidades técnicas, seguridad, higiene y ergonomía y psicología podrán ser desarrolladas a través de las actividades preventivas a las que se refieren las normas, y que realmente son parte de cada una de esas especialidades aunque el nivel técnico utilizado para la realización de las mismas no sea el superior. Por tanto, podría ser posible que, salvo la especialidad de medicina del trabajo y por tanto de la vigilancia de la salud (que queda exclusivamente encomendada a personal sanitario técnico de nivel superior), el resto de actividades preventivas puedan ser realizadas por técnicos de nivel básico e intermedio, salvo en los casos en los que se requiera un control de riesgos tal que haga necesario el análisis y valoración de los especialistas superiores. Para hacer una valoración de este tipo y saber cuáles son las necesidades de cada empresa habrá que determinar inicialmente qué fórmulas organizativas pueden ser la opción más adecuada de la empresa y sobre ella ver la configuración de los técnicos para dar cobertura a la interdisciplinariedad exigida. Para ello, y aunque la Ley no lo diga expresamente, resulta necesaria una evaluación de riesgos previa y una primera planificación de la actividad preventiva sobre las cuales basar la decisión final de organización. Ello determinará el tipo de riesgos de la empresa y si las funciones realizadas por el empresario o los trabajadores designados, con una formación básica y/o intermedia, son suficientes para considerar cumplido el requisito de la interdisciplinariedad, o si, por el contrario, es necesaria la intervención de técnicos superiores para llevar a cabo alguna de las especialidades previstas, o algunas de las actividades preventivas que requieran un mayor nivel de complejidad¹³¹.

En conclusión, todas las empresas deben tener cubiertas las cuatro especialidades con su fórmula organizativa. Salvo para el supuesto del SPA, que deberán contar con acreditación para desarrollar las cuatro especialidades o disciplinas preventivas, para el resto de modalidades, la obligación de tener las cuatro especialidades no resulta del todo clara. Parece desprenderse del art. 34 RSP que sólo aquellas empresas en las que

¹³⁰ Art. 34. c) RSP: *Funciones de nivel superior correspondientes a las especialidades y disciplinas preventivas de medicina del trabajo, seguridad en el trabajo, higiene industrial, y ergonomía y psicología aplicada*

¹³¹ En este sentido, los conciertos con los SPA pueden ser de especialidades completas o de actividades preventivas concretas; conclusión a la que se puede llegar de la interpretación conjunta de los arts. 15.4 RSP y 20 RSP. También recordar que el concierto integral con un SPA no puede conllevar en ningún caso la realización de toda la prevención de la empresa, ya que la contratación de un SPA como servicio de prevención de una empresa no exime al empresario de la obligación de integrar la prevención en todos los niveles de la misma, es decir, de incluir el componente preventivo que proceda en cualquier actividad que se realice o decisión que se tome. Esta actividad preventiva, integrada en la actividad propia de cada puesto de trabajo, debe distinguirse de la actividad especializada que desarrolla el SPA. Ambos tipos de actividad son necesarios y complementarios.

se desarrollen actividades preventivas por técnicos con funciones de nivel superior son las que contarán con las cuatro especialidades. Por tanto, a priori, la empresas obligadas a tener todas las disciplinas preventivas son aquellas que, o bien, están obligadas a constituir un SPP (art. 15.4 RSP), o bien, acudan a un SPA o un SPM (art. 18.2 RSP y art. 21 RSP). Ahora bien, esto se puede entender así, sin perjuicio de que: a) la disciplina de medicina del trabajo siempre hay que tenerla cubierta ya sea con medios propios o ajenos (nunca por el propio empresario); y b) que en todo caso, los supuestos de asunción del empresario y de designación de trabajadores cubrirán todas las actividades preventivas que impliquen cada una de las cuatro especialidades, sólo que en una menor escala de exigencia, dado que en principio, se estará ante empresas de pequeñas dimensiones y/o de escaso o reducido nivel de peligrosidad. Esto implica que, para estos casos se hable de actividades preventivas más que de especialidades preventivas, pero al fin debe tratarse de la misma cosa ya que cada una de las especialidades preventivas será la conjunción de las actividades preventivas que deban llevarse a cabo en las empresas y que son objeto de otras obligaciones que debe cumplir el empresario (evaluación, planificación, documentación, adaptación del puesto, mediciones, proporcionar equipos de protección colectiva e individual, ...). Sin embargo, aplicando de nuevo el principio de suficiencia y adecuación, puede ocurrir que en una empresa de esta tipología (pequeña dimensión y escasa peligrosidad), en la que se asuma la prevención por el empresario o mediante designación de trabajadores, pueda necesitar acudir a un servicio ajeno, ya sea porque el personal que se encarga de la prevención no posea la cualificación requerida para llevar a cabo la actividad preventiva (arts. 35, 36 y 37 RSP), ya sea porque, haya algunos riesgos que necesiten ser tratados por personal técnico y cualificación especial, lo que podría llevar a que se contratase alguna especialidad preventiva con un SPA. En definitiva, las combinaciones pueden ser múltiples. Puede existir un tratamiento de forma separada de las especialidades preventivas, como en los SPP, SPM o SPA, o de forma conjunta, como en la asunción por el empresario o en la designación de trabajadores.

b) La regulación de los mínimos no es sinónimo de suficiencia

En segundo lugar, el hecho de que los medios que se usen en cualquiera de las fórmulas organizativas sean suficientes y adecuados para una concreta empresa, no es sinónimo de que se usen los medios mínimos regulados en la Ley. La regulación normativa de los recursos con los que debe contar cualquier tipo de organización preventiva es una regulación de mínimos obligatorios, es decir, que la norma establece el mínimo de recursos con los que debe contar la organización preventiva entendida de forma general, pero puede haber ciertas condiciones especiales en la empresa que hagan necesario establecer un aumento o mejora de los medios y recursos previstos en la regulación. Esto se puede ver claramente sólo haciendo un breve recorrido de las

normas que regulan esta cuestión. Por lo que se refiere al SPP, el art. 15.2 RSP se refiere al mínimo de especialidades preventivas con las que deben contar, pudiendo ser ampliadas. Por lo que hace al SPA, el art. 18.2 RSP hace una regulación general sobre los medios y recursos con los que debe contar, estableciendo expresamente el carácter de mínimo; en este sentido, el art. 1 y el Anexo II de la Orden TIN/2504/2010 establecen de nuevo el carácter mínimo de los recursos humanos e instrumentales necesarios para la acreditación de estas entidades; y lo mismo se establece en el art. 2 de la Orden TIN/2504/2010 sobre los SPM. Por su parte el art 1 RD 843/2011 establece los requisitos técnicos mínimos exigidos a los servicios sanitarios (independientemente de que pertenezcan a la organización interna de la empresa o a los SPA); el art. 4.3 establece la dotación mínima de recursos humanos; y el art. 5.4 la dotación de equipamiento mínimo. Pero además hay otras referencias donde también se puede apreciar el carácter de mínimos que tienen estas normas. Se trata del art. 20 RSP, que establece el contenido mínimo que debe tener el concierto con los SPA, y el art. 34 c) RSP, en conexión con los arts. 35, 36 y 37 y los Anexos IV, V y VI, sobre el contenido mínimo formativo de la prevención.

Aunque la norma establece, especialmente en relación con el SPA, un contenido mínimo de recursos y unos requisitos y limitaciones que hay cumplir estrictamente, esto no significa que después no se deban adaptar o ampliar esos recursos a las propias características de las empresas, ya sea internamente en la propia empresa, ya sea por parte de la entidad especializada. Esto sucede, por ejemplo, de una manera evidente en relación con los SPA que prestan sus servicios a empresas que tienen riesgos especiales y/o peligrosos¹³², o en empresas con estructuras complejas y abundante necesidad de coordinación de actividades empresariales por la concurrencia productiva de las mismas. Este es un factor que la norma no tiene en cuenta en la decisión organizativa de la prevención y que, sin embargo, hace necesaria tal adaptación para su mejora. En estos casos, no sólo habría que recoger y justificar la existencia de medios (de todo tipo) en el momento de la constitución de la organización preventiva o en el momento de la acreditación, sino que, para el mantenimiento de la misma, es necesario que tanto las empresas como los SPA justifiquen ante la ITSS, o la Administración que lo acreditó en el caso del SPA, que tales medios no sólo son los mínimos que se exigen en la Ley, sino que son los adecuados en número, en especialización técnica y conformes con los tipos de actividades de las empresas a las que prestan el servicio¹³³.

¹³² Respecto de estas situaciones los arts. 23 RSP y 3 Orden TIN 2504/2010, donde se establece la necesidad de especificar en la solicitud de acreditación si la actividad se extiende a sectores o empresas afectadas por la legislación por la que se aprueban medidas de control de los riesgos inherentes a los accidentes graves en los que intervengan sustancias peligrosas.

¹³³ En las acreditaciones, para el estudio y análisis de esa suficiencia y adecuación de los medios de la actividad preventiva que van a desarrollar los SPA en las empresas, se solicita que se indiquen los aspectos de la actividad preventiva a poner en práctica no sólo genéricos sino, por ejemplo, si la actividad se extiende a empresas donde intervengan sustancias peligrosas. También se pide que se

c) El momento de valoración de la suficiencia

En tercer lugar, y unido a lo anterior, habría que hacer una diferencia entre la suficiencia de inicio que debe tener cualquier organización interna, o suficiencia que con carácter general permitiría la acreditación para los SPA, y la suficiencia posterior o específica de la concreta empresa o empresas a las que el SPA realmente preste servicios. La suficiencia y adecuación da lugar a la calificación de la organización preventiva como algo dinámico y cambiante que debe adaptarse a la realidad de las empresas en cada momento. Esta realidad puede llevar irremediablemente a que la empresa tenga que cambiar el tipo de organización preventiva con los consiguientes efectos que ello puede suponer (que serán analizados en los Capítulos II y IV). Así pues, un aumento en el tamaño de la plantilla, o la introducción de nuevos riesgos o realización de actividades peligrosas puede implicar un aumento de los trabajadores que se dedican a la prevención en las empresas o una modificación de la fórmula organizativa inicialmente establecida; y una disminución del número de trabajadores atendidos, o la eliminación de riesgos o actividades peligrosas, puede implicar una reducción también de los prevencionistas de la empresa y de los medios usados, o incluso puede justificar el cambio de modalidad¹³⁴.

Por lo que se refiere a las fórmulas internas de organización estas deberán adaptarse a los aumentos o disminuciones de plantillas, a la ampliación de centros de trabajo, si el empresario hubiera decidido asumir la prevención, o a la necesidad de contar con especializaciones y medios técnicos nuevos ante la introducción de nuevos riesgos. Por lo que se refiere a los SPA acreditados, y por tanto idóneos con carácter general, no tienen por qué ser unos SPA adecuados para llevar a cabo actividades preventivas en determinadas empresas, ya sea por los riesgos o peligros que entrañan, ya sea por la complejidad de la empresa, o por cualquier otra circunstancia por la que la empresa requiera medios concretos o conocimientos específicos. Esto permite afirmar que la suficiencia debe medirse en dos momentos diferentes. Primero, en un momento inicial, que permite determinar si la organización preventiva cumple con los requisitos generales exigidos por la norma, en función de las circunstancias en las que comienza a funcionar; y, segundo, en un momento posterior en el que pueden cambiar dichas

indiquen los sectores o subsectores de la actividad productiva donde se puede actuar (conforme al Listado CNAE 2009); la titulaciones académicas y habilitantes de prevención de riesgos laborales del personal técnico del SPA, los contratos con las entidades con las que se va a subcontratar y las actividad/es que se van a subcontratar; también, las previsiones de la actividad, es decir, el número de centros de trabajo y el número de trabajadores que se va a atender, haciendo una diferenciación por provincias. Un ejemplo de esto se puede ver en la solicitud de acreditación de la Comunidad de Castilla la Mancha, en línea: https://www.jccm.es/sites/www.jccm.es/files/modelos/SIJK_15379.PDF

¹³⁴ Esta es otra de las incertidumbres que llevan al empresario a elegir el SPA como sistema de organización de la prevención, salvo que se trate de los supuestos obligatorios del art. 14 RSP

circunstancias por lo que esta organización preventiva pudiera haber pasado a ser inoperativa. En el caso de que se contrate con un SPA, la suficiencia y adecuación de estos deberá ser precisada, con exigencias variables en cada empresa o tipología de empresas.

d) La necesaria profesionalización de la organización preventiva

En cuarto lugar, una de las condiciones que es garantía de suficiencia y requisito esencial para la adecuación del modelo organizativo es la profesionalización de los trabajadores que se encargan de la prevención. Ya se trate del propio empresario, cuando actúa como técnico de prevención, ya sean los trabajadores designados o las unidades o entidades especializadas de prevención (SPP, SPM o SPA), todos ellos deberán tener una formación especializada en prevención de riesgos laborales y la habilitación que les permita ejercer como tales técnicos de prevención. Así pues, lo primero que debe decirse en relación con la profesionalización es que está íntimamente unida a la formación y que una no puede vivir sin la otra.

Profesionalizar es convertir una actividad en una profesión; y profesional es la persona que ejerce una profesión con relevante capacidad y aplicación¹³⁵. En este sentido, la actividad preventiva es una actividad profesional realizada por técnicos en prevención de riesgos como expertos capacitados para identificar los peligros y evaluar los riesgos de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales; planificando, supervisando, controlando y promoviendo acciones permanentes en seguridad y salud, con el objetivo de proteger la integridad física y mental de los trabajadores. Para ello, el técnico de prevención debe contar con una formación especializada que le habilitará para la realización de todas estas actividades preventivas. Pese a que el reconocimiento de la profesión sólo se hace respecto de los técnicos de nivel superior¹³⁶, se trate del nivel que se trate (básico (art. 35 RSP), intermedio (art. 36 RSP) o superior (art. 37 RSP)), para ser técnico de prevención se requiere una formación con un contenido determinado y sólo a través de esta formación el trabajador estará habilitado para realizar todas o algunas de las actividades preventivas (en función del nivel) como técnico. Esto es lo que ha llevado a que la formación específica se convierta en el requisito para convertir al trabajador en un profesional y, a su vez, que ello sea

¹³⁵ Definiciones obtenidas del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.

¹³⁶ El reconocimiento de los técnicos de prevención como profesionales se hace en el Anexo VIII del RD 1837/2008, de 8 de noviembre por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español la Directiva 2005/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, y la Directiva 2006/100/CE, del Consejo, de 20 de noviembre de 2006, relativas al reconocimiento de cualificaciones profesionales, así como a determinados aspectos del ejercicio de la profesión de abogado.

necesario como parte del elemento de suficiencia y adecuación de la organización preventivas.

El tema de la formación y profesionalización de los técnicos será tratado en el Capítulo II, sin embargo conviene hacer una breve referencia diferenciando cada uno de los niveles de formación exigidos. En relación con el nivel básico, y aunque tienen limitadas las funciones preventivas, se puede observar la creciente importancia de estos técnicos como profesionales de la prevención, tanto en relación con la creación de la figura del recurso preventivo o trabajador asignado¹³⁷, como con la regulación en la negociación colectiva de la formación específica necesaria para el nivel básico en los diferentes sectores. En este sentido, por ejemplo, sectores como la construcción, el metal y la ferralla¹³⁸ establecen en sus respectivos convenios colectivos disposiciones concretas sobre esta formación de nivel básico. Por lo que se refiere al nivel intermedio, y tras los primeros años desde la aprobación del RSP en los que no se sabía exactamente en qué consistía y cómo se materializaba este nivel, el RD 1161/2001, de 26 de octubre, por el que se regula el título de técnico en prevención de riesgos profesionales y las enseñanzas mínimas, viene a establecer unos estudios de formación profesional que habilitan para realizar funciones de nivel intermedio y que además son requeridas para ser encargado de coordinación de prevención según el art. 14.4 RD 171/2004, de 30 de enero. Por último, en relación con el nivel superior, se trata de funciones que sólo pueden realizar los profesionales de la prevención, es decir, aquellos que están en posesión de determinadas cualificaciones profesionales reguladas como tal en la normativa. Con la entrada en vigor del RD 337/2010, se establece que, para las funciones de nivel superior, será necesario contar con una titulación universitaria y una formación en prevención (la del anexo VI RSP) acreditada por una universidad.

Desde que apareciera el RSP se han ido creando diferentes asociaciones de técnicos de prevención¹³⁹ que nacen, primero, como consecuencia de la aparición de esta profesión como profesión regulada, y, segundo, para prestar asistencia y apoyo a los técnicos. También se ha valorado la creación de colegios profesionales de técnicos de

¹³⁷ Esta figura preventiva admite la formación de nivel básico. Así queda establecido en el art. 32 bis LPRL, en el Criterio de la ITSS y en la respuesta dada por la ITSS a esta cuestión concreta en línea: <http://www.empleo.gob.es/itss/web/Utilidades/FAQs/PRL/prl.html#A5>

¹³⁸ En Anexo III del Acuerdo Estatal del Sector del Metal que se registra y publica el 3 de marzo de 2009; art. 166 del V Convenio Colectivo Estatal del sector de la Construcción; art. 92 del IV Convenio colectivo General de la Ferralla.

¹³⁹ Consejo General de Profesionales de la Seguridad y Salud en el trabajo (<http://www.cgpsst.net/>); La Asociación Andaluza de Técnicos de Prevención de Riesgos Laborales (<http://www.astep.es/>); Asociación Vasca de Técnicos especialistas de prevención de riesgos laborales (<https://www.avatep.org/>)

prevención y de hecho hay algunos ya creados¹⁴⁰ y otros que se encuentran en proceso¹⁴¹ a la espera de saber qué ocurrirá finalmente con la modificación de la regulación existente sobre los colegios profesionales. Dado que, en cierto modo, la profesionalización de los técnicos de prevención pasa por la creación de colegios de profesionales y su vinculación obligatoria a estos, se hace necesario traer a colación la situación actual de estos colegios. La Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales, que ha sido modificada en varias ocasiones, establece el conjunto de principios básicos y régimen jurídico en esta materia. La reforma de esta Ley como consecuencia de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (Ley ómnibus), viene a establecer un nuevo panorama en los Colegios Profesionales¹⁴². Por primera vez el legislador, recogiendo una asentada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, aclara que la decisión sobre la obligación de colegiarse para ejercer una actividad profesional, corresponde exclusivamente al legislador estatal¹⁴³. Hasta este momento, la Ley creadora de cada colegio determinaba la obligación o voluntariedad de la colegiación. En este sentido, el legislador ha diferido en el tiempo la determinación de los supuestos en los que se consideraría obligatoria esa colegiación¹⁴⁴. Los que ocurre es que hasta la fecha no se ha publicado tal norma

¹⁴⁰ Ley 1/2009, de 26 de marzo, de creación del Colegio Oficial de Técnicos Superiores en Prevención de Riesgos Laborales de la Comunidad Valenciana, aunque respecto a la obligatoriedad de colegiación queda afectada por la modificación que la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, introdujo en la Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre colegios profesionales

¹⁴¹ Plataforma para la creación de un Colegio Profesional de Técnicos de Prevención para la Comunidad de Madrid: <http://cotprlm.wix.com/cotprlm#!>

¹⁴² En este sentido: 1. Se suprimen las restricciones a la publicidad establecidas por la normas colegiales; 2. Se eliminan las restricciones al ejercicio de dos o más profesiones; 3. Se suprime la obligación de notificar los desplazamientos de los colegiados; 4. Se refuerza la libertad del ejercicio de la profesión de forma societaria; 5. Se suprime la función de los colegios de fijar baremos orientativos de honorarios o cualquier otra recomendación sobre precios; 6. Se prevé que la cuota de inscripción o colegiación no podrá superar en ningún caso los costes asociados a la tramitación de la inscripción; 7. El visado colegial deja de ser obligatorio con carácter general. . VICENTE RUIZ, M^a. D., *La reforma de la Ley de Colegios profesionales impulsada por la Directiva de Servicios*, Boletín Económico ICE, núm. 2990, 2010, pp. 51-57.

¹⁴³ STC 330/1994, de 15 de diciembre, sobre el colegio profesional de mediadores de seguros; STC 3/2013, de 17 de enero, sobre competencias de las comunidades autónomas y exención general del deber de colegiación para los funcionarios (Fundamento Jurídico Séptimo); STC 201/2013, de 5 de diciembre, sobre competencias estatales en materia de colegios profesionales.

¹⁴⁴ Disposición transitoria 4^a de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre (ley ómnibus): “*En el plazo máximo de doce meses desde la entrada en vigor de esta Ley, el Gobierno, previa consulta a las Comunidades Autónomas, remitirá a las Cortes Generales un Proyecto de Ley que determine las profesiones para cuyo ejercicio es obligatoria la colegiación. Dicho Proyecto deberá prever la continuidad de la obligación de colegiación en aquellos casos y supuestos de ejercicio en que se fundamente como instrumento eficiente de control del ejercicio profesional para la mejor defensa de los destinatarios de los servicios y en aquellas actividades en que puedan verse afectadas, de manera grave y directa, materias de especial interés público, como pueden ser la protección de la salud y de la integridad física o de la seguridad personal o jurídica de las personas físicas. Hasta la entrada en vigor de la mencionada Ley se mantendrán las obligaciones de colegiación vigentes*”

pese a la elaboración de diferentes anteproyectos de ley que finalmente no han visto la luz y en los que se abordaba una reforma más general del sector de las profesiones colegiadas. En la tramitación que se estaba realizando de esta nueva Ley de colegios profesionales, las distintas asociaciones de técnicos de prevención han realizado propuestas sobre la necesidad de ser incluidos en el conjunto de profesiones para las que se preveía la colegiación obligatoria. La razón de ello se basaba en la propia fundamentación que hacía el legislador en el Anteproyecto. La colegiación sería obligatoria en aquellos casos en los que el ejercicio de una profesión se fundamenta como instrumento eficiente de control del ejercicio profesional para la mejor defensa de los destinatarios de los servicios en aquellas actividades en las que puedan quedar afectadas materias de especial interés general como pueden ser la protección de la salud y la integridad física. Y es claro que el trabajo de los técnicos de prevención puede afectar a la seguridad y salud de los destinatarios de su trabajo, esto es, a los trabajadores¹⁴⁵. En todo caso, habrá que esperar la decisión final del legislador para comprender la obligatoriedad de esta colegiación para los técnicos de prevención superiores, y el alcance y condiciones de la misma.

A modo de conclusión, hay que decir que el criterio de la profesionalización vinculado a la formación específica como parte de la definición de los conceptos de suficiencia y adecuación queda mermado en relación con las modalidades de organización directa por el empresario y de trabajadores designados. El problema no se manifiesta tanto en el hecho de que estas modalidades puedan llevarse a cabo por el nivel básico de formación, que podría ser perfectamente adecuado, sino en la inexistencia de unas herramientas de control previo de esa formación. Este control previo que si existe para los casos del nivel intermedio y superior ya que se trata de formaciones que deben pasar un proceso de acreditación antes de ser impartidas, no tienen una equivalencia en

¹⁴⁵ STC 3/2013: *“el legislador estatal ha configurado dos tipos de entidades corporativas, las voluntarias y las obligatorias. El requisito de la colegiación obligatoria constituye una barrera de entrada al ejercicio de la profesión y, por tanto, debe quedar limitado a aquellos casos en que se afecta, de manera grave y directa, a materias de especial interés público, como la protección de la salud y de la integridad física o de la seguridad personal o jurídica de las personas físicas, y la colegiación demuestre ser un instrumento eficiente de control del ejercicio profesional para la mejor defensa de los destinatarios de los servicios, tal y como se deduce de la disposición transitoria cuarta de esta misma norma. En definitiva, los colegios profesionales voluntarios son, a partir de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, el modelo común, correspondiendo al legislador estatal, conforme a lo establecido en el art. 3.2 [LCP], determinar los casos en que la colegiación se exige para el ejercicio profesional y, en consecuencia, también las excepciones, pues éstas no hacen sino delimitar el alcance de la regla de la colegiación obligatoria, actuando como complemento necesario de la misma”*. Sobre este aspecto puede verse el art. 25 y la Disp. Adic. Primera del Anteproyecto de Ley de Colegios Profesionales en su versión de 20 de diciembre de 2013, en línea: <http://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2013/06/Anteproyecto-LSyCP-memoria-economica-Consejo-de-Estado.pdf>. También resulta interesante el Dictamen del Consejo de Estado núm. 1413/2013, de 27 de febrero de 2014 y que no ha establecido la profesión del técnico de prevención ni siquiera a modo ejemplificativo cuando hace a alusión al análisis de la obligatoriedad, al contrario de lo que sucede con otras profesiones que sí que menciona, al menos a título ejemplificativo. Se puede consultar en línea: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2013-1434>

el nivel básico. Esta falta de control provoca una situación desfavorable para la profesionalización de los técnicos de ese básico, que puede llevar en última instancia no se cumplan con los requisitos de suficiencia que la norma sí que establece respecto de la formación preventiva.

e) La participación de los trabajadores: la consulta a los representantes

La participación de los trabajadores en materia de seguridad y salud en el trabajo se configura como uno de los derechos de los trabajadores y como una obligación para el empresario (arts. 2 y 18 LPRL¹⁴⁶). Este derecho de participación de los trabajadores se articula, en primer lugar, a través de la consulta, y, en segundo lugar, mediante la negociación colectiva. Ambos instrumentos se configuran como parte de ese derecho de participación de los trabajadores cuyo objetivo último es, precisamente, poner en conocimiento de la empresa las necesidades que se plantean en esta materia, recibir de la empresa las informaciones precisas, y controlar las decisiones que se puedan tomar para que sean adecuadas a la realidad sobre las que se van a ejecutar. Así pues, y por lo que se refiere a la materialización de estos dos instrumentos en relación con la organización de la prevención, la consulta previa a los trabajadores se configuran como un mecanismo más de determinación y control de la suficiencia y adecuación de la modalidad organizativa y de los recursos que se van a emplear; y la negociación colectiva permite concretar, para el sector y/o la empresa, los recursos que se necesitan y que van a dar un adecuado cumplimiento a la función principal de la organización preventiva.

Por lo que se refiere a la consulta, el empresario debe realizarla con la debida antelación y, de existir, a través de sus representantes sobre las decisiones que prevé adoptar y que puedan tener efectos sustanciales sobre la seguridad y salud de los trabajadores (arts. 18.2 y 33 LPRL) y, en especial, las relativas al plan de prevención (art. 1.2 RSP), la organización de los recursos preventivos (arts. 33.1 b), 39.1 a) LPRL y 16.2, 30.5 y 21.2 RSP), la evaluación de los riesgos (arts.36.2 a) LPRL y 1.2, 3.2 y 6.2 RSP) y la planificación de la prevención (art. 1.2 RSP). Varias cuestiones hay que tener en cuenta sobre este deber de consulta de los empresarios, en relación con la organización preventiva, ya sea interna o externa.

¹⁴⁶ El art. 18.2 LPRL establece que: “El empresario deberá consultar a los trabajadores, y permitir su participación, en el marco de todas las cuestiones que afecten a la seguridad y a la salud en el trabajo, de conformidad con lo dispuesto en el capítulo V de la presente Ley. Los trabajadores tendrán derecho a efectuar propuestas al empresario, así como a los órganos de participación y presentación previstos en el capítulo V de esta Ley, dirigidas a la mejora de los niveles de protección de la seguridad y la salud en la empresa”

La primera es la propia determinación de qué es consulta. En este sentido, y dada la ausencia de definición en la norma de prevención es interesante traer a colación la realizada en la Directiva 94/45/CEE, de 22 de septiembre, sobre la constitución del comité de empresa europeo cuyo art. 2.1 f) establece que consulta es “*el intercambio de opiniones y la apertura de un diálogo entre los representantes de los trabajadores y la dirección central o cualquier otro nivel de dirección más apropiado*”. Más interesante, si cabe, resulta la definición dada por la Ley 10/1997, de 24 de abril, sobre derechos de información y consulta de los representantes en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria, que traspone la Directiva y que establece que la consulta es: “*la apertura de un diálogo y el intercambio de opiniones entre los representantes de los trabajadores y la dirección central o cualquier otro nivel de dirección más apropiado, en un momento, de una manera y con un contenido que permitan a los representantes de los trabajadores emitir un dictamen sobre la base de la información facilitada sobre las medidas propuestas acerca de las cuales se realiza la consulta y sin perjuicio de las responsabilidades de la dirección, y en un plazo razonable, que pueda ser tenida en cuenta en la empresa o el grupo de empresas de dimensión comunitaria*”¹⁴⁷. De esta noción puede extraerse que la consulta no persigue el acuerdo sino que se limita a garantizar una comunicación entre empresa y trabajadores. No es una consulta vinculante, por lo que el empresario mantiene su poder de dirección sobre la decisión final del contenido de la misma¹⁴⁸. Por tanto, los trabajadores no disponen de una facultad bloqueante y decisiva sobre las intenciones de actuación de la empresa, por lo que la obligación jurídica de consulta es, tan sólo, una obligación de procedimiento¹⁴⁹, cuya elusión podrá ser objeto de sanción administrativa¹⁵⁰, aunque ello no parece que pueda conllevar la nulidad de la decisión del empresario¹⁵¹. La organización de prevención como parte del sistema general de gestión de la empresa es algo que concierne a la propia empresa y es ella la que debe decidir, dentro de los límites impuestos por la norma, lo que más conviene a sus intereses.

La segunda cuestión a tener en cuenta radica en la determinación de quiénes son los beneficiarios de este derecho. En este sentido, el titular del derecho son los

¹⁴⁷ Definición dada por la Ley 10/2011, de 19 de mayo, por la que se modifica la Ley 10/1997, de 24 de abril, sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria.

¹⁴⁸ Aunque se puede encontrar alguna matización sobre este poder de decisión como el art. 36.4 LPRL que establece la obligación del empresario de motivar la negativa a adoptar medidas propuestas por el delegado de prevención

¹⁴⁹ SEMPERE NAVARRO, A. V.; GARCÍA BLASCO, J.; GONZÁLEZ LABRADA, M. y CARDENAL CARRO, M., *Derecho de la Seguridad y Salud en el Trabajo*, op. Cit., pp. 300.

¹⁵⁰ Art. 12.11 de la RD Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de infracciones y sanciones en el orden social

¹⁵¹ SALA FRANCO, T. y ARNAU NAVARRO, F., *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, pp. 134.

trabajadores individualmente considerados, lo que ocurre es que cuando existe representación legal de los trabajadores, el deber del empresario se cumple con la consulta a estos últimos y no a cada uno de los trabajadores de la empresa. Así pues, los trabajadores solo serán consultados de manera directa en las empresas en las que no es obligatorio tener una representación legal¹⁵². Ahora bien, en caso de existencia de esta representación, se podría plantear el problema de la determinación de cuáles de estos representantes es con quien hay que realizar la consulta, distinguiendo entre la representación especializada de prevención, los representantes unitarios y los representantes sindicales; ya que todos tienen reconocida la competencia para conocer de los temas de prevención de riesgos¹⁵³, no parece que haya problema en considerar que la consulta se pueda realizar a todos, aunque lo razonable es que se haga con la representación especializada¹⁵⁴. La tercera cuestión sobre este derecho-deber de consulta gira en torno a los requisitos de la misma¹⁵⁵, debiendo hacerse siguiendo los criterios de la buena fe¹⁵⁶, lo que, aunque no se diga expresamente, implica una información completa, veraz, comprensible y adecuada sobre los temas sometidos a dictamen, así como la utilización de plazos razonables para emitir las opiniones¹⁵⁷.

¹⁵² Empresas con menos de 6 trabajadores o con menos de 11 y se haya optado por no tener delegado de personal (art. 62.1 ET).

¹⁵³ Los delegados de prevención y el comité de seguridad y salud tienen reconocida la competencia en el art. 35 LPRL: los delegados de personal y el comité de empresa la tienen reconocida en el art. 64.1 4º ET que obliga a que sean consultados sobre la seguridad y salud y a que emitan informe sobre las materias íntimamente conectadas con el art. 33 LPRL; y, por último, los delegados sindicales que tienen también reconocida esta competencia en el art. 10 Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto de Libertad Sindical, que establece que la representación sindical debe ser oída por la empresa previamente a la adopción de medidas de carácter colectivo que afecten a los trabajadores en general y a sus afiliados en particular.

¹⁵⁴ Hay doctrina a favor de esta posición como CABEZA PEREIRO, J. y LOSADA AROCHENA, J. F. (coords.), *Comentarios a la Ley de Prevención de riesgos Laborales*, Granada, Comares, 1998, pp. 244. Y hay doctrina que entiende que sólo la consulta debe realizarse a la representación especializada, y ante su inexistencia, podrá celebrarse con los representantes unitarios o sindicales: GONZÁLEZ ORTEGA, S., y APARICIO TOVAR, J., *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, op. Cit., pp. 208, que entienden que este tipo de consultas es de naturaleza específica y están reguladas por normas especiales; VALDES DAL RE, F., “Los derechos de participación en el Ley de prevención de riesgos laborales”, en AA.VV., *Seguridad y Salud en el trabajo. El nuevo derecho de prevención de riesgos laborales*, Madrid, La Ley-Actualidad, 1997, pp. 81.

¹⁵⁵ Esto se regula en el art. 36.1 y 3 LPRL que a su vez remite art. 33 LPRL. La consulta debe hacerse con la debida antelación pero la norma no fija plazos concretos, por lo que será necesario aplicar también criterios de buena fe. Lo que sí regula la norma es el plazo de quince días para emitir los correspondientes informes de los delegados de prevención. Lo mismo ocurre con la forma ya que nada se establece al respecto, aunque lo razonable es que se haga por escrito, tanto la comunicación de consulta como la respuesta de los trabajadores o sus representantes.

¹⁵⁶ GONZÁLEZ ORTEGA, S., y APARICIO TOVAR, J., *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, op. Cit., pp. 211.

¹⁵⁷ Algunos autores entienden que, aunque la consulta deba hacerse bajo criterios de buena fe, el propósito de la misma es más limitado que el de la negociación y por tanto la exigibilidad de conductas debe ser algo menos exigente que lo establecido en el art. 89.1 ET. CABEZA PEREIRO, J. y LOSADA AROCHENA, J. F. (coords.), *Comentarios a la Ley de Prevención de riesgos Laborales*, op. cit., pp.

Las diferentes materias sobre las que debe versar la consulta en materia preventiva se encuentran reguladas en el art. 33 LPRL, y entre ellas figura la que corresponde a la organización de la prevención. Se trata de una consulta que requiere un alto nivel de especialización, por lo que necesita de un interlocutor experto en la materia. La representación de los trabajadores especializada o la existencia de trabajadores con conocimientos preventivos es imprescindible para que la consulta pueda tener un resultado eficaz, y ello pese a que el empresario no quede vinculado por la misma. Así pues, de manera concreta el art. 39. 1 a) LPRL regula expresamente la competencia de los comités de seguridad y salud a participar en las decisiones de la empresa en materia de organización de la prevención de riesgos.

La negociación colectiva, sin embargo, es un mecanismo de participación de los trabajadores de mayor relevancia que la consulta, ya que lo negociado y acordado pasa a formar parte del contenido de los derechos y deberes de trabajadores y empresarios. Varias son las alusiones que se encuentran en la normativa a la posibilidad de que la autonomía colectiva lleve a cabo regulaciones concretas sobre cuestiones de seguridad y salud laboral, pero pocos los casos destacables de regulación colectiva imaginativa, con aportaciones sustanciales en la materia. La Exposición de Motivos de la LPRL indica que la Ley se configura como una referencia legal mínima en un doble sentido: primero, como ley que establece un marco legal a partir del cual las normas reglamentarias irán fijando y concretando los aspectos más técnicos de las medidas preventivas; y, segundo, como soporte básico a partir de la cual la negociación colectiva podrá desarrollar su función específica. Así pues, el art. 2.2 LPRL viene a configurar la relación Ley-Convenio estableciendo el carácter de la LPRL y de las normas reglamentarias como de derecho necesario mínimo indisponible, pudiendo ser, por tanto, desarrolladas y mejoradas en los convenios¹⁵⁸.

245. GIL Y GIL, J. L., *Principios de buena fe y Poderes del Empresario*, Sevilla, Consejo Andaluz de Relaciones laborales, 2003, pp. 216-220.

¹⁵⁸ Un análisis sobre la prevención de riesgos laborales en la negociación colectiva puede verse en: ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Ley y negociación colectiva en la regulación de la prevención de riesgos laborales*, Anales de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Laguna, núm. 29, 2012, pp. 9-24; VALDÉS DAL RE, F., “Los derechos de participación en el Ley de prevención de riesgos laborales”, en AA.VV., *Seguridad y Salud en el trabajo. El nuevo derecho de prevención de riesgos laborales*, Madrid, La Ley-Actualidad, 1997; GONZÁLEZ ORTEGA, S. y CARRERO DOMÍNGUEZ, C., *La negociación colectiva sobre salud laboral a partir de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Cuadernos de Relaciones laborales, núm. 14, 1999, pp. 51-53; MERCADER UGUINA, J. R., *El futuro de la negociación colectiva en materia de prevención de riesgos laborales*, Aranzadi Social, núm. 14, 2002, (versión electrónica); NAVARRO NIETO, F., *El tratamiento de la prevención de riesgos laborales en la negociación colectiva*, Temas Laborales, núm. 75, 2004, pp. 11-58; MELENDEZ MORILLO-VELÁZQUEZ, L., *La Prevención de Riesgos Laborales en la Negociación Colectiva*, Navarra, Cuadernos de Aranzada Social, 2004; TUDELA CAMBRONERO, G. y VALDEOLIVAS GARCÍA, Y., *La seguridad y la salud laboral en la negociación colectiva*, Madrid, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2009, pp. 534-535; MENDOZA NAVAS, N., *El tratamiento convencional de la salud y la seguridad en el trabajo*, Granada, Comares, 2013.

En relación a las posibilidades de negociación de la organización de la prevención a través de los convenios colectivos, el RSP en su Disposición Adicional 7ª, se remite a ellos para que sean éstos los que fijen unos criterios concretos para la determinación de los medios necesarios para el desempeño de la actividad preventiva, tomando como referencia en todo caso el tamaño de la empresa, los riesgos a que estén expuestos los trabajadores y la distribución de estos riesgos. Pero hay dos circunstancias que hay que tener en cuenta. La primera, que el legislador insta a los negociadores a que determinen exclusivamente los criterios útiles para establecer los medios necesarios, pero no a la concreción exacta de los mismos, lo que es lógico ya que las circunstancias de la empresa (tamaño, riesgos y distribución) pueden variar a lo largo del tiempo. La segunda, que, pese a hacer dicho llamamiento, la negociación colectiva no ha abordado realmente esta cuestión¹⁵⁹ y no se encuentran referencias interesantes a través de las cuales determinar, por ejemplo, una mayor precisión y detalle de las características de la fórmula que opte, especialmente si se trata de una fórmula interna; o procedimientos de consulta con los representantes de los trabajadores más intensos, de manera que se configuren no como meras consultas sobre la opción elegida por el empresario, sino como un verdadero derecho a elegir la opción organizativa; o establecer prohibiciones en función de la peligrosidad de la actividades (algo que puede ser muy útil teniendo en cuenta que los negociadores conocen el sector o la empresa para la que se está negociando el convenio); o para determinar la oferta de contratación externa cuando se opte por un servicio de prevención ajeno¹⁶⁰. De todos modos, a modo de conclusión, y pese a que existiría alguna posibilidad de articular mejoras en la materia que se está tratando¹⁶¹, no se puede olvidar que el margen de la negociación colectiva realmente es nulo o muy escaso tanto para los representantes de los trabajadores como para el empresario, y es que la LPRL y su normativa de desarrollo establece un estándar de seguridad elevado y de obligado cumplimiento que no permite reducirlo en modo alguno por ningún tipo de negociación¹⁶².

¹⁵⁹ MORENO SOLANA, A., “Cláusulas de vanguardia en la negociación colectiva de empresa en materia de prevención de riesgos laborales”, en MERCADER UGUINA, J. R. y GARCÍA PERROTE ESCARTÍN, I., *Cláusulas de vanguardia y problemas prácticos de la negociación colectiva actual*, Valladolid, Lex-Nova - Aranzadi, 2015, pp. 462-500.

¹⁶⁰ GONZÁLEZ ORTEGA, S., *La organización de la prevención por el empresario: los servicios de prevención*, op. cit., pp. 43.

¹⁶¹ MUÑOZ RUIZ, A. B., *El sistema normativo de prevención de riesgos laborales*, Valladolid, Lex Nova, 2009, pp. 281-304. La autora analiza las posibilidades del convenio en la regulación de la prevención de riesgos laborales.

¹⁶² Algunos autores son críticos con la idea de que la LPRL se constituya como norma mínima pues entienden que las regulaciones de prevención tienen que ser regulaciones óptimas de acuerdo a los técnicamente posible y avanzar hacia la protección completa y socialmente satisfactoria DESDENTADO BONETE, A. y MENENDEZ SEBASTIAN, P., *Negociación Colectiva y prevención de riesgos laborales. Una aproximación crítica*, Revista Alcor de MGO, núm. 8, 2007, pp. 16. APARICIO TOVAR, J., “El papel de la negociación colectiva en materia de seguridad y salud en el trabajo”, en AA.VV., *La nueva función de la negociación colectiva y los Acuerdos Interconfederales sobre el empleo*, X Jornadas de estudio sobre la negociación colectiva, Comisión Consultiva Nacional

B) Los criterios específicos que la norma establece para la determinación de la suficiencia y la adecuación.

El art. 31.4 LPRL establece tres referencias conforme a las cuales habrá de valorarse la suficiencia de los medios utilizados por la organización preventiva: el tamaño de la empresa, los riesgos a los que están expuestos los trabajadores y su distribución. Pero además, para su determinación será imprescindible valorar una serie de factores que también la ley establece, a modo ejemplificativo, tales como: la formación, la especialidad, la capacitación, la dedicación y el número de componentes de estos servicios de prevención, por un lado, y los recursos técnicos y medios materiales que éstos necesitan, por otro.

Un servicio de prevención, entendido este como cualquier fórmula organizativa o combinación de formulas organizativas, será adecuado para llevar a cabo actividades de prevención en una empresa concreta si: a) tiene el número de técnicos suficientes para atender a todos los trabajadores (para lo que habrá que tener en cuenta el tamaño de la empresa en cuanto a número de trabajadores ocupados), algo que también será determinante de la misma opción organizativa; b) si tiene los medios materiales y personales, y en cuanto a estos últimos la capacitación adecuada a los riesgos de la empresas en la que desarrollan su actividad (peligrosidad de la actividad), criterio que también será utilizado como limite al uso de algunas fórmulas organizativas; y, finalmente, c) si todos esos medios, tanto personales como materiales, están disponibles en el conjunto de la empresa y de sus centros de trabajo, con especial incidencia en los lugares donde se encuentren las actividades más peligrosas, o las tareas que pueden suponer una complejidad más elevada desde el punto de vista preventivo (distribución de los riesgos). Cualquiera de estos tres criterios, que se analizan a continuación por separado, se recogen a la largo del trabajo puesto que son ejes vertebradores de la configuración misma de cada una de las fórmulas organizativas. No obstante, y dado que se trata de los elementos que van a determinar la adecuación de la fórmula organizativa, resulta conveniente hacer una breve aproximación a cada uno de ellos.

de Convenios Colectivos, Madrid, 1998, pp. 109. Este autor establece: *“si el empresario está obligado por ley a aplicar el mejor medio disponible para evitar los riesgos del trabajo, ¿Cómo puede establecer la negociación colectiva normas mas favorables? Obviamente de ningún modo...”*

a) El Tamaño de la empresa

El tamaño de las empresas ha sido históricamente¹⁶³ el criterio fundamental sobre el que ha girado la estructura organizativa de las empresas¹⁶⁴. Se trata de un criterio usado en materia de seguridad y salud respecto de otras cuestiones como son la introducción de excepciones a la obligada auditoria de prevención en empresas con organización interna; la simplificación de la evaluación de riesgos y la planificación de la actividad preventiva; o la determinación de numero de representantes especializados en prevención (delegados de prevención o comités de seguridad y salud). Pero no sólo se tiene en cuenta el tamaño de las empresas en el ámbito de la prevención, sino que son constantes las regulaciones del derecho laboral donde se pueden encontrar ejemplos variados que hacen referencia al número de trabajadores como determinación de la aplicación de algunas normas. Tal es el caso de la regulación de la representación de los trabajadores en la empresa, el baremo impuesto para los traslados colectivos, las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo o los despidos colectivos; o los supuestos de algunos tipos de contratación donde se condiciona la modalidad al número de trabajadores de la empresa.

A efectos de determinación de la modalidad organizativa, el tamaño de la empresa es tenido en cuenta, de manera prioritaria y determinante en la asunción por el empresario, y como elemento que establece la obligación de constituir un SPP. En lo que se refiere a la asunción por el empresario, este voluntariamente podrá realizar actividades preventivas en empresas de hasta 10 trabajadores, o en empresas de hasta 25 trabajadores con un único centro de trabajo, por lo que el tamaño de la empresa actúa como condicionante del uso de la opción; y en lo que se refiere al SPP, deberá ser constituido de forma obligatoria en empresas de más de 500 trabajadores o en

¹⁶³ Ejemplos de determinación del tamaño de la empresa en el ámbito organizativo se pueden encontrar desde la Reglamentación de Trabajo para la industria Siderometalúrgica de 1942 donde se establecía la asistencia permanente obligatoria de un practicante en fábricas que empleasen más de 250 obreros y de una persona para realizar con conocimientos para realizar curas de urgencias en fábricas o talleres con más de 50 trabajadores y siempre que estuvieran alejadas de un centro urbano más de 15 Km. Posteriormente el Decreto de 21 de agosto de 1956 de servicios médicos de empresa, tenía que establecerse de manera obligatoria en todas las empresas que ocuparan a mas de 100 trabajadores de plantilla y en aquellas en las que tuvieran una plantilla inferior pero realizan actividades de especial peligrosidad; y además debía ser un servicio autónomo para una sola empresa cuando se ocuparan en ella a mas de 1000 trabajadores. De una manera más reciente en el tiempo, la Orden General de Seguridad e Higiene en el trabajo de 1971 que establece la figura del vigilante de seguridad obligatoria en aquellas empresas que no están obligadas a constituir comités de seguridad e higiene ocuparan 5 o más trabajadores.

¹⁶⁴ La doctrina se ha planteado si el tamaño de la empresa solo debe valorarse por el numero de trabajadores, o si deberían tenerse en cuenta otros criterios y factores: FERNANDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., “Marco general de la dimensión en la empresa en la normativa preventiva”, en FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., *Prevención y dimensión de la empresa*, junta de Castilla y León, Consejería de Empleo, 2008, pp. 51-54. FITA ORTEGA, F. *La pequeña y mediana empresa en el ordenamiento jurídico-laboral*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, pp. 22. DEL REY GUANTER, S., *La dimensión de la empresa en la legislación laboral de 1994*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994, pp. 19-20.

empresas de más de 250 trabajadores cuando realicen actividades peligrosas, por lo que el tamaño actúa como determinante del nacimiento de la obligación.

Por otro lado, y aún sin especificación, el número de trabajadores de la empresa va a ser uno de los indicativos esenciales para establecer la suficiencia de los recursos humanos y materiales que debe configurar cualquier modalidad. Teniendo en cuenta, entre otros factores, ese número de trabajadores de la empresa, habrá que establecer cuántos trabajadores designados son necesarios y sus medios materiales, caso de ser esta la modalidad elegida, o el número de técnicos del SPP y los medios materiales; y el número de técnicos de prevención del SPA, y también los medios materiales. En este sentido, el tamaño de la empresa actúa, no como determinante de la fórmula organizativa, sino como determinante de la suficiencia y adecuación de cada una de las modalidades.

Sin embargo, este criterio plantea una serie de problemas o deficiencias con las que hay que contar. La primera, está en relación con el cómputo de trabajadores para lo que habría que tener en cuenta que las empresas cuentan, en muchas ocasiones con trabajadores temporales. En este sentido, varias son las opciones que se pueden manejar: a) computar a los trabajadores temporales como a cualquier otro trabajador de la empresa (art. 28 LPRL); b) computar a los trabajadores temporales como lo hace la regla establecida para los trabajadores de empresas de trabajo temporal (art. 6 RD 216/1999); y c) computar a los trabajadores temporales como se hace para los supuesto de cómputo para la elección de delegados de prevención (art. 35 LPRL en conexión con el art. 72 ET). En el capítulo III de este trabajo se analizarán las ventajas e inconvenientes de cada una de estas posibilidades. El segundo de los problemas, íntimamente relacionado con el anterior queda referido a la existencia de fluctuaciones de plantilla en las empresas¹⁶⁵, algo que podría justificar incluso el cambio de modalidad. Esta situación lleva a establecer un parámetro temporal de referencia de revisión de la modalidad organizativa para que no cualquier circunstancia de variación de tamaño de las empresas tenga que suponer necesariamente una modificación de la modalidad organizativa. Parece razonable que se tenga que revisar tal fórmula organizativa de manera anual, sobre todo en las empresas más fluctuantes. La razón de ello puede encontrarse en que este periodo es el usado en materia preventiva a efectos de revisiones de la planificación preventiva (art. 9.3 RSP); o a efectos de constituir un SPP cuando fuera fijado así por la autoridad laboral (art. 14 c) RSP)¹⁶⁶. El tercero de los problemas se plantea en relación con la necesidad de tener en cuenta a los trabajadores autónomos. En este sentido, resulta conveniente recordar si a estos

¹⁶⁵ La tasa de temporalidad en España según la Encuesta de Población Activa del Tercer Trimestre de 2015 es del 26,15%, en línea: <http://www.ine.es/daco/daco42/daco4211/epa0315.pdf>

¹⁶⁶ LUQUE PARRA, M., *La organización de la prevención en la empresa*, op. Cit., pp. 63-65

efectos, los trabajadores autónomos son parte del ámbito subjetivo de aplicación de las normas laborales.

La LPRL centra su atención principalmente en el trabajo asalariado (puede observarse que en todo su articulado parte del concepto de trabajador entendido como la persona empleada por un empresario), y la aplicación a otras relaciones jurídicas, como es el caso del trabajo por cuenta propia, no es más que una especie de excepción o salvedad. Se pueden encontrar a lo largo del articulado algunas alusiones expresas a los trabajadores autónomos que merecen ser destacadas, y que lleva a entender una aplicación parcial o adaptada de la LPRL a esta tipología de trabajadores o de empresarios (según se quiera). El art. 15.5 LPRL y el art. 24.5 LPRL son ejemplos de esto. El primero establece la posibilidad de concertar operaciones de seguro que tengan como finalidad garantizar como ámbito de cobertura la previsión de riesgos derivados del trabajo de los trabajadores autónomos respecto de ellos mismos. El segundo, son los casos en los que el autónomo trabaja en concurrencia de actividades, desarrollado por el art. 8 de la Ley 20/2007, de 11 de julio del Estatuto del Trabajador Autónomo¹⁶⁷.

Teniendo en cuenta que son pocos los preceptos que hacen referencia a la prevención de riesgos laborales de los autónomos, parece que la única obligación principal que subyace, será un deber de autotutela de estos trabajadores respecto de sí mismos. El deber de autotutela para los trabajadores autónomos se considera indispensable en relación a la prevención de los riesgos laborales, independientemente de que el autónomo tenga o no trabajadores a su servicio, quedando la salud laboral, en principio, encomendada a su criterio¹⁶⁸. Este deber de autotutela no puede ser idéntico que el que se prevé para los trabajadores asalariados, pero conseguir aumentar el grado de protección al que se debe someter a estos autónomos, mediante mecanismos indirectos de prevención, puede ser una solución al problema de la aplicación de la normativa de prevención a este colectivo¹⁶⁹. En este sentido ya estableció parte de la doctrina que una serie de deberes de este tipo, adecuadamente exigidos, quizá sólo a nivel de mínimos, tendrían como consecuencia, una elevación del estándar de seguridad del autónomo, aunque se acepte que el control del comportamiento productivo diario sea muy difícil o prácticamente imposible y deba reaccionarse frente a los incumplimientos mediante medidas que concentran su efectividad en el resultado o en las consecuencias negativas de esa inobservancia¹⁷⁰. En este contexto es donde

¹⁶⁷ ALONSO OLEA GARCÍA, B., *La prevención de riesgos laborales del trabajador autónomo*, Aranzadi Social, núm. 16, 2008, (versión electrónica)

¹⁶⁸ GONZALEZ ORTEGA, S., *La diversidad de trabajadores autónomos y su repercusión en el ámbito de la prevención de riesgos laborales*, ALCOR DE MGO, núm. 7, 2006, pp. 17.

¹⁶⁹ LAHERA FORTALEZA, J., *Prevención de Riesgos Laborales de los autónomos tras la ley 54/2003 y el Real Decreto 171/2004*, Documentación Laboral, núm. 70, 2004, pp. 92-93.

¹⁷⁰ GONZALEZ ORTEGA, S., *El tratamiento de los riesgos del trabajo de los trabajadores autónomos*, Temas Laborales, núm. 81, 2005, pp. 154.

cabe preguntarse si deberán ser tenidos en cuenta estos trabajadores autónomos como parte del cómputo de las plantillas de las empresas para determinar la modalidad organizativa. La solución debe ser negativa, y es que cada trabajador autónomo en el cumplimiento de sus obligaciones de prevención debe tener su propia estructura preventiva, como parte de ese deber de autotutela general que le corresponde, lo que supone que entonces no deban pertenecer a la configuración de otra organización preventiva por más que sus actividades se desarrollen en el ámbito de una determinada empresa.

b) La peligrosidad de las actividades y los tipos de riesgo a que están expuestos los trabajadores

La peligrosidad es la cualidad de una situación, agente, producto o condición para causar un daño, por lo que va asociada a la factibilidad de que se produzca un perjuicio determinado. En este sentido conviene diferenciar riesgo de peligro¹⁷¹. Desde el punto de vista de la prevención, el peligro es entendido como aquella fuente o situación con capacidad de producir daños en términos de lesiones, o un deterioro para la salud, y riesgo es la combinación de la frecuencia y la probabilidad de que se produzca un daño (que se puede materializar en un peligro), y las consecuencias que ello tendría¹⁷².

¹⁷¹ Peligro es definido como aquella fuente o situación con capacidad de producir daños en términos de lesiones, daños a la propiedad, daños al medio ambiente o a una combinación de ellos, diferenciándose del riesgo por cuanto este es la posibilidad y probabilidad de que se pueda materializar un peligro. La Ley de Prevención de Riesgos Laborales no suele usar el término peligro, sino que siempre habla de riesgos, no sólo en su propio título sino también en las definiciones del artículo 4, en las que no se habla de peligro sino de riesgo. El Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua define el peligro como «el riesgo o contingencia inminente de que suceda algún mal» y el riesgo como la «contingencia o proximidad de un daño», entendiéndose por contingencia «la posibilidad de que algo suceda o no suceda». La Guía Técnica del INSHT para la utilización por los trabajadores en el trabajo de los equipos de protección individual, en desarrollo del Real Decreto 773/1997, señala que normalmente existe un cierto confusionismo entre los términos peligro y riesgo, incorporando un ejemplo para aclarar dichos conceptos: «En una máquina existen elementos móviles accesibles con la energía suficiente para producir una lesión. Los elementos móviles son generadores de peligros (peligro de atrapamiento, de aplastamiento, de corte, etc.): cualquiera podría entrar en contacto con ellos y sufrir una lesión. Si alguien se aproxima a los elementos móviles (zona peligrosa), se expone a dicho peligro, es decir, se encuentra en una situación peligrosa: la posibilidad de lesión pasa a ser real. En esta situación, existe una cierta probabilidad de que se produzca un daño, con unas determinadas consecuencias. Por tanto, existe un riesgo.» El peligro, por tanto, sería una situación de hecho y el riesgo, una probabilidad.

¹⁷² Definiciones dadas por AENOR., *OHSAS 18001:2007, Sistemas de gestión de la Seguridad y Salud en el trabajo*, Madrid, Aenor, 2007.

Las normas de prevención están plagadas de alusiones a la peligrosidad de la actividad¹⁷³. Pero desde la óptica de la organización preventiva, hay que diferenciar, por un lado, el criterio de los riesgos a los que puedan encontrarse expuestos los trabajadores (art. 31.4 LPRL), de la estricta peligrosidad de las actividades recogidas en el Anexo I RSP. Las limitaciones del empresario sobre la elección de la organizativa queda referida a las actividades peligrosas entendidas estas como aquéllas que se encuentran reguladas en el Anexo I RSP. Sin embargo. La suficiencia y adecuación de cada una de las fórmulas organizativas va a depender, de una manera más general de los riesgos a lo que estén expuestos los trabajadores en cada caso. Así pues cuando la norma remite al Anexo I está considerando que ciertas actividades van a tener que ser gestionadas y organizadas de una manera concreta, como es el hecho de la obligación que surge para empresa de más de 250 trabajadores que van a tener que constituir un SPP; o van a suponer una limitación o prohibición de uso de ciertas fórmulas, como es el caso de la asunción del empresario. Este Anexo I RSP es un listado cerrado y heterogéneo de actividades y operaciones de trabajo que suponen la exposición de los trabajadores a situaciones de especial peligro que plantea en la práctica varios problemas. El primera que se trata de una norma del año 1997 que no ha sufrido prácticamente ninguna variación relevante y que no permite la inclusión de otras actividades, productos, trabajos o sectores que podrían ser igualmente peligrosos; la segunda se fundamenta en el hecho de que aunque sólo pare de la actividad productiva sea peligrosa según el Anexo I, toda la empresa deberá quedar encuadrada y calificada como empresa peligrosa a efectos de la determinación de la organización preventiva. Estas cuestiones serán analizadas en el Capítulo III de este trabajo ya que se plantean fundamentalmente en relación con la obligación que nace de las actividades peligrosas de constitución de un SPP. Sin embargo, el tipo de riesgos de la empresa, entendido como concepto más amplio que las actividades peligrosas del Anexo I, no van a determinar en ningún caso la obligación o prohibición del uso de alguna de las fórmulas organizativas, pero sí que se configura como requisito a tener en cuenta para la determinación de la modalidad elegida.

c) La distribución de los riesgos

Como consecuencia de la conexión entre el tamaño de la empresa y la peligrosidad de las actividades aparece otro criterio establecido en la LPRL en su art. 31.4 c) referido a la distribución de riesgos en la empresa y sobre el que hay que buscar una definición

¹⁷³ RD 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción; RD 664/1997, de 12 de mayo de protección de la seguridad y salud contra los riesgos biológicos; RD 337/2001, de 6 de abril de protección de la seguridad y salud contra los riesgos relacionados con agentes químicos; Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las Empresas de Trabajo Temporal y el RD 216/1999, de 5 de febrero sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en el ámbito de las empresas de trabajo temporal

ya que ni el legislador, a través del desarrollo reglamentario, ni la doctrina¹⁷⁴, han analizado con detenimiento tal criterio. Hay quien ha entendido que la distribución de los riesgos se encuentra descrita en el art. 14 c) RSP cuando se refiere a la frecuencia y gravedad de la siniestralidad en la empresa como causa que permite la declaración administrativa de la obligatoriedad de tener que tener un SPP¹⁷⁵. Ésta podría ser una opción interpretativa. Pero existen otras que pueden ser más acertadas, y sobre todo, más útiles, donde el tipo de empresa (tamaño y peligrosidad de la actividad) y su distribución y localización geográfica sean los elementos definitorios de la distribución de los riesgos

Ejemplo de ello puede verse en el art. 15.3 RSP, refiriéndose a los diversos centros de trabajo en relación con la ubicación de servicio de prevención, a fin de asegurar la adecuación de los distintos medios del servicio a los riesgos existentes en cada centro; o el art. 11 RSP cuando establece la habitualidad de las actividades del empresario en la empresa, siempre que se entienda que podría desarrollar habitualmente su actividad en todos sus centros de trabajo; o en el supuesto del art. 18.1 RSP, en relación con el SPA cuando establece la suficiencia y adecuación de los recursos materiales y humanos en función de distintos factores entre los que recoge la ubicación de los centros de trabajo. Algo que también queda puesto de manifiesto en el Anexo I de la Orden TIN/2504/2010, de 20 de septiembre, cuando establece las reglas del cálculo de los técnicos de prevención de un SPA, donde la lejanía de los centros de trabajo al lugar de las instalaciones del SPA se considera un factor de corrección a los resultados obtenidos de dicho cálculo.

En todos los casos se introduce el factor de localización como elemento modular del tipo de organización a tener en cuenta en todo caso en función del tamaño y los riesgos a los que están expuestos los trabajadores y/o la peligrosidad en su caso. Muchas de las empresas se dividen en varios centros de trabajo, o en distintos lugares de trabajo, realizando actividades diferentes en esos centros y, lo que es más relevante a estos efectos, con riesgos diferentes en cada uno de ellos. Quizá, la referencia a la distribución de los riesgos en la empresa estuviera pensando en los diferentes tipos de riesgo y peligros que se pueden encontrar en una empresa, en los diversos centros o lugares de trabajo. Como consecuencia de esto, en algunos centros o lugares de trabajo de la empresa, se pueden encontrar riesgos que tengan cierta gravedad y, en otros, no sólo no ser los mismos, sino que la gravedad puede ser menor, mínima o incluso inexistente.

¹⁷⁴ ALVAREZ DE LA ROSA, M., *El deber de protección y los servicios de prevención de riesgos laborales*, en CASAS BAAMONDE, M. E., (et. al.), “Seguridad y salud en el trabajo. El nuevo derecho de prevención de riesgos laborales”, Madrid, La Ley-Actualidad, 1997, pp. 63. Simplemente el autor apunto el interrogante sobre a qué se denomina distribución de los riesgos remitiendo a una respuesta a través de la actividad reglamentaria.

¹⁷⁵ DIAZ MOLINER, R., *Derecho de prevención de riesgos laborales*, vol. II, op. Cit., pp. 94.

De este modo, el elemento de la suficiencia atendiendo al criterio de la distribución de los riesgos podría significar que los medios o recursos, personales y materiales, deberán ser mayores o específicos cuanto mayor es la gravedad de los riesgos, la dificultad para controlarlos, o la especificidad de los mismos. En definitiva a mayor complejidad de la organización productiva, mayor complejidad de la organización preventiva, que no está tanto en función de la empresa en su generalidad, sino de la concentración o separación de los riesgos en cada uno de los centros de trabajo, siendo necesaria la adecuación de dicha organización preventiva en el conjunto de la empresa atendiendo a estas peculiaridades que resultan frecuentes en el tejido empresarial.

C) La concreción normativa de los criterios para la determinación de la suficiencia y en las distintas fórmulas organizativas

Tal y como se acaba de decir, el tamaño de la empresa, su complejidad estructural, la peligrosidad de sus actividades y la distribución de los riesgos son criterios que van a determinar el tipo de organización preventiva adecuada, el número de técnicos necesarios, el tiempo de dedicación de los mismos, los medios materiales que hay que utilizar y la propia necesidad de otras figuras preventivas que, sin pertenecer a la organización técnico preventiva de la empresa, sí que forman parte de la configuración del modelo organizativo general que cada empresa ha de tener. La LPRL y el RSP, quizá no con el éxito deseado, han intentado anticiparse y establecer de forma general, bien los mínimos necesarios que deben atenderse obligatoriamente, bien situaciones en las que algunas fórmulas se han considerado, de inicio, insuficientes y por tanto, inadecuadas. Empezando por esto último, el art. 14 RSP se manifiesta a favor de la concreta modalidad organizativa a implantar en función del tamaño de la empresa, respecto de la cual la propia norma parte de la base de que un tamaño grande requiere de una organización más compleja, con mayor dedicación de recursos materiales y humanos (SPP), y, al contrario, el art. 30.5 LPRL parte de la base de que una empresa pequeña puede organizar su prevención de una manera sencilla y menos costosa (asunción por el empresario). También los arts. 11 y 12 RSP tienen en consideración la peligrosidad de la actividad empresarial como limitativa de algunas opciones exigiendo más garantías en relación con los medios y recursos (asunción por el empresario o designación de trabajadores).

Por lo que se refiere a los mínimos de medios materiales y humanos, hay que hacer mención fundamentalmente a la regulación del RSP y a la Orden TIN/2504/2010, de 20 de septiembre, que determina la manera en la que realizar el cálculo para obtener el número de técnicos y el tiempo de dedicación de estos. Así mismo, es recomendable tener en cuenta (aunque sin carácter vinculante) la Guía del INSHT sobre criterios de

calidad de los servicios de prevención¹⁷⁶ y, también, los criterios que a tal efecto inspiran la actuación de la ITSS¹⁷⁷, por cuanto algunas de las reglas que las normas recogen para este cálculo, pueden ser interpretables. Por lo que se refiere a la actividad sanitaria llevada a cabo por los servicios de prevención, el RD 843/2011, de 17 de junio, por el que se establecen los criterios básicos sobre la organización de los recursos para desarrollar la actividad sanitaria de los servicios de prevención, así como su Guía de aplicación¹⁷⁸ también sirven para determinar, o al menos es la intención del legislador, los medios (número de técnicos sanitarios y medios materiales) mínimos necesarios para desarrollar las tareas sanitarias propias de la especialidad de la vigilancia de la salud. De cada una de estas normas y guías de aplicación se van a poder extraer los medios a tener en cuenta fundamentalmente para los SPA, aunque también se establecen referencias a los SPP y a los SPM (arts. 21.3 RSP y 2 de la Orden TIN/2504/2010, de 20 de septiembre).

En relación con los SPA, el art. 18 RSP, junto con el art. 1 y el Anexo I y II de la Orden TIN/2505/2010, de 20 de septiembre, regulan de forma muy concreta los recursos humanos y materiales que se consideran necesarios. Para el cálculo de los técnicos de prevención tienen en cuenta no sólo el número de trabajadores de las empresas a las que prestan servicios (estableciendo reglas para los temporales y los trabajadores de ETT), también la peligrosidad de las actividades, a través de la tarifa de primas establecida en el Código CNAE (Cuadro 1 del apartado 1 de la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 42/2006, de Presupuesto Generales del Estado para 2007 en su redacción dada por la Disp. Final Octava de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales para 2010) y algunos factores de corrección como son el tamaño de los centros de trabajo y el elemento geográfico donde se tiene en cuenta la lejanía de los centros de trabajo de las instalaciones del servicio. Por lo que se refiere al SPP, concretar la suficiencia de los medios resulta bastante más complicado ya que, respecto a los recursos humanos, tan sólo quedan regulados en el art. 15 RSP que los recoge de una manera amplia y sin especificar ni el número de técnicos ni el tiempo de

¹⁷⁶ Guía para la mejora de la eficacia y calidad de las actuaciones de los SPA: Criterios de calidad del servicio, publicada en marzo de 2012, en línea: <http://www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Normativa/GuiasTecnicas/Ficheros/GuiaCriteriosCalidad.pdf>

¹⁷⁷ Guía de la Actuación Inspectora sobre servicios de prevención y mancomunados, en línea: http://www.empleo.gob.es/itss/ITSS/ITSS_Descargas/Atencion_ciudadano/Normativa_documentacion/Riesgos_laboral/4.2_GUIA_Serv_Preencion_Propios.pdf; Guía de la Actuación Inspectora respecto de servicios de prevención ajenos, en línea: http://www.empleo.gob.es/itss/ITSS/ITSS_Descargas/Atencion_ciudadano/Normativa_documentacion/Riesgos_laboral/4.1_GUIA_Serv_Preencion_Ajenos.pdf; Guía de la Actuación Inspectora en Entidades Auditoras, en línea: http://www.empleo.gob.es/itss/ITSS/ITSS_Descargas/Atencion_ciudadano/Normativa_documentacion/Riesgos_laboral/4.3_GUIA_Entidades_Auditoras.pdf

¹⁷⁸ Guía para la Aplicación del RD 843/2011 elaborada por la Asociación Española de Especialistas en medicina del Trabajo, en línea: http://www.aeemt.com/contenidos/Opinion/Guia_aplicacion_RD_843_2011.pdf

dedicación. Tan sólo se establece la obligación de dedicación exclusiva a la actividad de prevención, lo que no es sinónimo de dedicación a tiempo completo, y que el Servicio debe contar con dos especialidades preventivas que deben ser desarrolladas por expertos, lo que parece implicar que, al menos deba haber dos técnicos de nivel superior¹⁷⁹ ya que también establece el deber general de que haya otros expertos de nivel intermedio y básico. Sobre los medios e instrumentos materiales tan sólo dice que deberán ser los necesarios para las concretas actividades que vaya a desarrollar la empresa.

En este último sentido es conveniente tener como referencia el Anexo II de la Orden TIN/2504/2010, de 20 de septiembre, a efectos de utilizarlo como guía orientativa de los medios materiales necesarios en función de las especialidades constituidas. Sin embargo, y por lo que se refiere a los medios y recursos de las actividades sanitarias, el legislador, siendo conocedor de las diferencias entre los SPA y los SPP, ha establecido algunas referencias concretas en el RD 843/2011, de 17 de junio, respecto a estos últimos. Por esta razón el art. 4.3 e) de este Real Decreto establece reglas particulares sobre el cálculo de los técnicos sanitarios, así como la posibilidad de subcontratar la actividad sanitaria en los casos en los que sea necesario para la realización de actividades que requieran conocimientos especiales teniendo en cuenta de nuevo el factor de localización que vuelve a aparecer como una referencia en la determinación de los medios. Mayores problemas para la determinación de suficiencia plantean las fórmulas de asunción por el empresario y la de trabajadores designados, sobre las que prácticamente nada establece la legislación. Así pues, no están determinados ni el número de trabajadores designados que necesitaría una empresa que decide tener esta opción organizativa, ni los medios materiales que deben disponer, ni éstos ni el empresario, cuando actúa como técnico de prevención en su propia empresa. Esta falta de regulación genera una inseguridad jurídica que se convierte en una de las causas del escaso uso que se hacen de estas opciones, especialmente en relación con los trabajadores designados¹⁸⁰.

¹⁷⁹ No es una solución totalmente clara y se encuentran al respecto referencias en las que se admite un técnico con dos especialidades, por lo que se trata de un planteamiento de suficiencia diferente. Esta consideración se establece en la Nota Técnica de Prevención núm. 565 sobre el sistema de gestión preventiva: organización y definición de funciones preventivas, elaborada en el año 2000, en línea: <http://www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Documentacion/FichasTecnicas/NTP/Ficheros/501a600/565w.pdf>, pero también se puede encontrar ese criterio respecto de los SPM en la Instrucción 1/2011 del Departament d'Empresa i Ocupació sobre la aplicació a los servicios de prevención ajenos y mancomunados del RD 337/2010 y la Orden TIN/2504/2010, en el que se establece que: *cuando las tres especialidades por el SPM sean las llamadas técnicas (ST, HI y EPA) se podrán desarrollar con uno o más profesionales que cuente/n con la formación necesaria para poder desarrollar funciones de nivel superior en las citadas tres disciplinas técnicas(...)*

¹⁸⁰ GONZALEZ ORTEGA, S, (Coord.), *Comentarios al Reglamento de los Servicios de Prevención (Real Decreto 39/1997, de 17 de enero)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, pp. 114; SALA FRANCO, T., *Los sistemas de prevención en las empresas*, Revista Alcor de MGO, núm. 4, 2005, pp. 12; RODRIGUEZ PASTOR, G., *La designación de uno o varios trabajadores de la empresa*, Revista Alcor

Como ya se dijo, con posterioridad a la entrada en vigor de la LPRL y ante algunas deficiencias detectadas como consecuencia de su aplicación, han ido apareciendo algunas figuras preventivas que, justificadas en la necesidad de realizar nuevas funciones, en realidad han venido a completar, o incluso a sustituir, a las fórmulas organizativas previstas de modo inicial. Así pues, una de las razones de su aparición tiene que ver precisamente con el hecho de configurarlas como un instrumento que permite garantizar la suficiencia y la adecuación de la organización preventiva en su conjunto, complementando las funciones de los prevencionistas. Aunque se trata de figuras que ya han sido analizadas en los otros elementos caracterizadores del modelo y que se estudian con más detalle en el Capítulo IV del trabajo, hay que decir que se trata, por un lado, de los Recursos Preventivos y Trabajadores Asignados (art. 32 bis LPRL que se introduce con la Ley 54/2003, de 12 de diciembre, de reforma del marco normativo de la prevención de riesgos laborales, y art. 22. bis RSP), y, por otro, de los encargados de la coordinación de actividades preventivas (arts. 13 y 14 RD 171/2004, de 30 de enero, por el que se desarrolla el artículo 24 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, en materia de coordinación de actividades empresariales).

3.2.- El control de la suficiencia y la determinación de la adecuación: los mecanismos que permiten establecer la intervención en las formas de organización

Pese a la existencia de criterios que ayudan, tanto a configurar los recursos suficientes de cada tipo de organización preventiva como a determinar la adecuación del modelo organizativo de cada empresa, el legislador, ante la dificultad de determinar en cada caso ambos conceptos, ha previsto unos mecanismos de control para cada una de las fórmulas. Lo que, además de determinar si el modelo organizativo elegido por la empresa es el adecuado, permite comprobar si los mínimos establecidos en la ley son los medios suficientes o si es necesario contar con otros recursos o instrumentos en cada concreto supuesto. En el caso de las fórmulas de organización interna, este control se realiza, una vez configuradas y puestas en funcionamiento, a través de las auditorías. Éstas se configuran como una comprobación que se dirige esencialmente a constatar que los medios de que se dispone en la empresa y que se articulan para garantizar la seguridad son los adecuados a los riesgos que la misma soporta. En el

de MGO, núm. 4, 2005, PP. 29; IGARTÚA MIRÓ, M. T., *Organización de la prevención en la empresa: de los excesos de la externalización al tímido fomento del uso de recursos propios. Reflexiones críticas al hilo de dos disposiciones reciente (RD 337/2010 y RD 404/2010)*, Documentación Laboral, núm. 88, 2010, pp. 106; GONZALEZ CARBAJAL, J.M., *Aspectos jurídicos públicos de la prevención de riesgos laborales: estudio de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre de prevención de riesgos laborales y del reglamento de los servicios de prevención, aprobado por Real Decreto 39/1997, de 17 de enero*, Madrid, Colex, 2000, pp. 142-144.

caso de los SPA se realiza un previo control a través de la obligatoria acreditación de las empresas para que puedan actuar en el mercado, así como un control de mantenimiento para comprobar que se siguen cumpliendo todos los requisitos de la acreditación.

La Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS) también es una forma de control y asesoramiento a las empresas en lo que respecta a la suficiencia de recursos y a la adecuación de la modalidad organizativa elegida, a lo que se añadiría su potestad sancionadora derivada de los incumplimientos¹⁸¹. El art. 9 LPRL regula las funciones de la ITSS, entre las que habría que destacar la de vigilancia del cumplimiento de la normativa de prevención (art. 9.1 a) LPRL), la de asesoramiento e información a empresas y trabajadores (art. 9.1 b) LPRL), y la de comprobar y favorecer el cumplimiento de las obligaciones asumidas por los servicios de prevención, entendidos estos de forma genérica, como cualquier modalidad de las recogidas en la norma (art. 9.1 e) LPRL). La función de vigilancia conlleva no solamente fiscalizar el cumplimiento por todos los sujetos obligados de las leyes, normas y convenios que les afectan, realizando requerimientos y sancionando las infracciones mediante la extensión de las correspondientes actas de infracción, sino que también supone el asesoramiento jurídico-técnico a dichos sujetos para el más adecuado cumplimiento de sus obligaciones¹⁸².

3.2.1. Acreditación y autorización sanitaria como mecanismos de intervención y control de la administración sobre los servicios de prevención ajenos

La acreditación de los SPA es una autorización administrativa a través de la cual se constata que la empresa de prevención reúne todos los requisitos legales para su puesta en marcha y funcionamiento¹⁸³. Esta acreditación precisa, además, de una autorización

¹⁸¹ En esta concreta materia: arts. 12.15, 13.11 y 13.12 RD Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones del Orden Social

¹⁸² Sobre las funciones de la ITSS ver: GALVAL DE GRANDA, J. L., “El papel de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y la nueva Ley de Prevención de Riesgos Laborales”, en OJEDA AVILÉS, A.; ALARCÓN CARACUEL, M. R. y RODRIGUEZ RAMOS, M^a. J., *La Ley de Prevención de Riesgos Laborales, Aspectos Clave de la Ley 31/1995*, Navarra, Aranzadi, 1996, pp. 346-358, que en la función de inspección respecto de los servicios de prevención da por hecho que éstos son todos los regulados en el art. 30 y 31 LPRL; MOLTÓ GARCÍA, J. I., [La función de la Inspección. La potestad sancionadora de las Administraciones Públicas en materia de prevención de riesgos laborales y la función de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social](#), ALONSO RAMÍREZ, J. L., y ESTEBAN BERNARDO, J.A., (Coords.), *Prevención de riesgos laborales en España: visión Global, enfoque practico y retos de futuro*, Madrid, Prentice Hall, 2007, págs. 151-198

¹⁸³ La regulación de la acreditación de los SPA se encuentra en los arts. 30.5 LPRL y 23 a 27 RSP y en la Orden TIN/2504/2010, de 20 de septiembre, por la que se desarrolla el Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención, en lo referido a la acreditación de entidades especializadas como servicios de prevención, memoria de actividades preventivas y autorización para realizar la actividad de auditoría del sistema de prevención de las

distinta por parte de la autoridad sanitaria en relación con las actividades sanitarias que los servicios de prevención tienen que realizar¹⁸⁴, configurándose ambas autorizaciones como instrumentos característicos de la intervención administrativa. Este es un tema controvertido y de interés que se manifiesta en las recientes modificaciones normativas operadas.

En un intento de clarificar el régimen jurídico de la acreditación, por un lado, y el de la autorización sanitaria, por otro, se aprueba el RD 899/2015, de 9 de octubre, por el que se modifica el RD 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención, y el RD 901/2015, de 9 de octubre, por el que se modifica el RD 843/2011, de 17 de junio, por el que se establecen los criterios básicos para desarrollar la actividad sanitaria de los servicios de prevención. Ambos RD son consecuencia de otras modificaciones que se han producido en esta materia (Ley 25/2009, de 22 de diciembre de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y RD 337/2010, de 19 de marzo, por el que se modifica el RSP, entre otros) y que fueron la derivada necesaria de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre libre acceso a las actividades de servicio y su ejercicio que traspuso la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre, relativa a los servicios en el mercado interior (Directiva de Servicios). Varios han sido los problemas ocasionados en torno a la existencia misma de esta acreditación que se analizarán con detenimiento en el Capítulo II de este trabajo. Pero resulta necesario saber el por qué de la existencia de esta acreditación y las razones por las que se establece como un requisito ineludible para la puesta en marcha de estos SPA.

La autorización es un acto administrativo declarativo que persigue la comprobación de que se han cumplido los requisitos previstos permitiendo así que pueda comenzar la actividad o la situación jurídica sometida a decisión¹⁸⁵. La autorización ha sido definida expresamente en el art. 3.7 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, que la define como *cualquier acto expreso o tácito de la autoridad competente que se exija, con carácter previo, para el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio*. En definitiva, es un acto administrativo que, de forma previa al acceso a una actividad de servicios o a su ejercicio por parte del particular, comprueba la conformidad de la misma a derecho y al interés público, constituyendo su soporte legitimador. Atendiendo a esta definición, puede decirse, sin lugar a duda, que la acreditación de

empresas. Orden esta última recientemente modificada por la Orden ESS/2259/2015, de 22 de septiembre, ya que la modificación operada sobre el Reglamento de los Servicios de Prevención con objeto de adaptar sus disposiciones a lo establecido por la Ley de garantía de unidad de mercado, ha obligado a la modificación de la Orden TIN/2504/2010, de 20 de septiembre.

¹⁸⁴ La regulación de la autorización sanitaria de los SPA se encuentra en el art. 25 RSP y en el RD 843/2011, de 17 de junio, por el que se establecen los criterios básicos para desarrollar la actividad sanitaria de los servicios de prevención.

¹⁸⁵ PAREJO ALFONSO, L., *Lecciones de Derecho Administrativo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 418 y 424.

los SPA es una autorización administrativa ya que se trata de la herramienta de control previo de la suficiencia para el ejercicio de las actividades preventivas. La acreditación como autorización debe estar sometida al régimen jurídico de los actos administrativos¹⁸⁶ entendidos estos como el resultado de la potestad administrativa atribuida por el ordenamiento a la administración cuyo objetivo principal es servir con objetividad al interés general.

A) La finalidad de la acreditación de los SPA

El carácter imprescindible de la autorización administrativa, previa al funcionamiento en el mercado, de las empresas que se van a dedicar a la prevención se fundamenta en el hecho del necesario control que los poderes públicos tienen que ejercer sobre una actividad empresarial que, aunque está inspirada en la obtención de un ánimo de lucro, tiene como objetivo y fin último la seguridad y salud de los trabajadores. Idea que, además, se ve reforzada por el silencio administrativo negativo (que se analiza con detenimiento en el Capítulo II) que se establece en los casos en los que no haya respuesta de la administración a la solicitud de acreditación. Aunque la administración pública tiene a su disposición una amplia gama de formas de control, la autorización, en este caso, se configura como la más adecuada. Para ello habrá de tenerse en cuenta el fin que protege, y si con una simple comunicación previa o declaración responsable podría ser suficiente para alcanzar el objetivo pretendido¹⁸⁷.

Para entender la razón de ser de la acreditación obligatoria en el ámbito de la prevención hay que traer a colación los posibles efectos que la Directiva de Servicios y la nueva regulación interna pueden suponer para el régimen de las autorizaciones administrativas. La Directiva de servicios establece los principios, bases y criterios conforme a los cuales ha de regularse el acceso y ejercicio de las libertades de establecimiento y prestación de servicios. En lo que aquí respecta, la Directiva

¹⁸⁶ El régimen jurídico de los actos administrativos se encuentra por un lado, en el Título V denominado “de las disposiciones y los actos administrativos” de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; y por otro, en el RD 1778/1994, de 5 de agosto por el que se adecuan a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, las normas reguladoras de los procedimientos de otorgamiento, modificación y extinción de las autorizaciones. También hay que mencionar la nueva regulación que, aunque no esté en vigor aún, sí que está aprobada. Se trata del Título III denominado “De los actos administrativos” de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común.

¹⁸⁷ La Directiva de Servicios viene a establecer un principio de preferencia de los controles a posteriori (art. 9.1 c)). Sin embargo, la autorización presenta una serie de ventajas pese a la obsesión del legislador europeo por reducirla al mínimo imprescindible: produce seguridad jurídica, despeja la cuestión esencial de saber a qué atenerse y, en todo caso, su eliminación exigiría reforzar la potestad inspectora: RIVERO ORTEGA, R., *La Libertad de Comercio*, Ponencia presentada en el V Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, celebrado en Cádiz, 2010, pp. 65-66, en línea: http://www.uclm.es/centro/ceuropeos/aepda/pdf/congresos/VCongreso_Ponencia_2.pdf

establece la excepcionalidad de las autorizaciones administrativas ya que estas son vistas como una traba que restringe el acceso a las actividades de servicios y su ejercicio¹⁸⁸. Por su parte, el art. 9.1 de la Directiva fija los criterios a aplicar para que las autorizaciones sean aceptables. Criterios que son traspuestos al ordenamiento español por el art. 5 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, que establece que las normas que regulan el acceso a una actividad de servicios no podrán imponer autorizaciones salvo que su régimen no resulte discriminatorio, que haya necesidad de autorización y que haya proporcionalidad en el sentido de que dicho instrumento sea el más adecuado para garantizar la consecución del objetivo perseguido¹⁸⁹.

Teniendo en cuenta los criterios que permiten la existencia de las autorizaciones, se debe entender que las acreditaciones de los SPA forman parte de ese elenco de autorizaciones justificadas. Y ello porque, partiendo de la base de que esta autorización no resulta discriminatoria¹⁹⁰, es desde luego una intervención de la

¹⁸⁸ Así lo ha recogido también la propia Ley 30/1992, de 26 de noviembre, cuyo art. 39 bis establece los principios de intervención de las administraciones públicas en el ejercicio de una actividad: *1. Las Administraciones Públicas que en el ejercicio de sus respectivas competencias establezcan medidas que limiten el ejercicio de derechos individuales o colectivos o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, deberán elegir la medida menos restrictiva, motivar su necesidad para la protección del interés público así como justificar su adecuación para lograr los fines que se persiguen, sin que en ningún caso se produzcan diferencias de trato discriminatorias. 2. Las Administraciones Públicas velarán por el cumplimiento de los requisitos aplicables según la legislación correspondiente, para lo cual podrán comprobar, verificar, investigar e inspeccionar los hechos, actos, elementos, actividades, estimaciones y demás circunstancias que se produzcan.* En la Ley 39/2015, de 1 de octubre de procedimiento administrativo común, la regulación de los principios de actuación administrativa pasan a establecerse en el art. 129 que lleva por título *Principios de Buena Regulación*. A estos efectos recordar que esta Ley entra en vigor en octubre de 2016.

¹⁸⁹ El último de los criterios es criticado por DE LA CUADRA SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T., *La Directiva de Servicios y la Libertad de Empresa*, Revista el Cronista del Estado social y Democrático de Derecho, núm. 7, 2009, pp. 46-61, que entiende que se trata de una exigencia que va más allá de lo establecido por el Tribunal Constitucional que aplica a las autorizaciones el test de razonabilidad y que por tanto son totalmente compatibles con la libertad de empresa. En este sentido, se pueden encontrar las SSTC 225/1993, de 8 de junio y 124/2003, de 19 de junio, que analizan las autorizaciones comerciales. Sin embargo, hay que tener en cuenta la más reciente STJUE de 24 de marzo de 2011, Asunto C-400/08 (Comisión contra España) que ha declarado que ningún Estado Miembro está habilitado para someter la apertura de grandes establecimientos comerciales a la observancia de criterios económicos, tales como su repercusión sobre el comercio minorista existente o el grado de implantación de la empresa en el mercado, so pena de restringir injustificadamente la libertad de establecimiento. Aún más disconforme si cabe con el alcance de la Directiva de Servicios se muestra DE LA CUADRA SALCEDO JANINI, T., *Mercado Interior y Directiva de Servicios*, Revista Catalana de Dret Public, núm. 42, 2011, pp. 287-290, en el que el autor establece los efectos desreguladores que tiene la Directiva de Servicios sobre el Ordenamiento Interno. Sin embargo, otra parte de la doctrina entiende que los cambios operados por la Directiva de Servicios no dan lugar a un desmantelamiento del régimen de la autorización administrativa, sino que sólo afecta a los procedimientos y formalidades excesivamente onerosos que obstaculizan la libertad de establecimiento y la creación de nuevas empresas de servicios: FERNÁNDEZ TORRES, J. R., *Regímenes de intervención administrativa: autorización, comunicación previa y declaración responsable*, Revista Catalana de Dret Public, núm. 42, 2011, pp. 89.

¹⁹⁰ Discriminación que la norma establece en función de la nacionalidad o de que el establecimiento se encuentre o no en territorio de la autoridad competente o, por lo que se refiere a sociedades, por razón del lugar de ubicación del domicilio social (art. 5 a) Ley 17/2009, de 23 de noviembre).

administración necesaria y proporcional. Necesaria porque el régimen jurídico de la autorización está justificado por razones imperiosas de interés general¹⁹¹. En la medida en que es imprescindible una comprobación previa del cumplimiento de los requisitos que la norma establece para la puesta en marcha de los SPA ya que con su actividad empresarial lo que se está protegiendo es la seguridad y salud de los trabajadores y, por tanto, la vida y la integridad física de los mismos, derecho configurado como fundamental y, por ende, parte del contenido de ese interés general que la administración está obligada a proteger. Proporcional porque teniendo en cuenta precisamente el objeto social de estas empresas, un control a posteriori podría suponer que el SPA no pudiese prestar servicios por incumplimiento de los requisitos y que, por tanto, todas las actividades de prevención de las empresas que lo hubieran contratado no resultaran adecuadas para el cumplimiento de la obligación de prevención; y, peor aún, que ese control se produjera cuando la razón por la que se realiza es un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, en cuyo caso ya sería tarde para que este sistema de control de la administración fuera eficaz. Todo pivota, por tanto, en torno a la existencia de una justificación para restringir legítimamente la libertad de empresa, pudiendo utilizarse la técnica autorizadora cuando sea imprescindible y dentro de los límites que impiden un ejercicio arbitrario de la facultad de apreciación de las autoridades competentes.

La salud de los trabajadores forma parte del elenco de razones de interés general que la norma ha recogido expresamente como tal. Pero parece razonable saber qué es interés general, si se trata del mismo concepto que el interés público, y el por qué del hecho de que la salud de los trabajadores sea considerada como tal. Pese a que en este caso, la norma ya se encarga de clarificar los casos en los que existe interés general dentro del ámbito de la libre prestación de servicios, este no deja de ser un concepto jurídico indeterminado que depende en gran medida del contexto histórico en el que se valore y que se ve sometido a una evolución continua en su concepción misma¹⁹². Por su parte

¹⁹¹ Art. 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre establece expresamente los casos en los que se está ante una razón imperiosa de interés general: *el orden público, la seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la preservación del equilibrio financiero del régimen de seguridad social, la protección de los derechos, la seguridad y la salud de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la sanidad animal, la propiedad intelectual e industrial, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional y los objetivos de la política social y cultural*.

¹⁹² NIETO, A., “La administración sirve con objetividad los intereses generales”, en MARTÍN-RETORTILLO, S. (coord.), *Estudios sobre la Constitución Española, Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 2246-2249; GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado*, Civitas Revista de Derecho Administrativo, nº 89, 1996, pp. 71; PAREJO ALFONSO, L., “El interés general o público. Las potestades generales o formales para su realización”, en PAREJO ALFONSO, L.; JIMÉNEZ-BLANCO, A.; ORTEGA ÁLVAREZ, L., *Manual de Derecho Administrativo*, vol. I, 5ª ed., Barcelona, Ariel, 1998, pp.605. BELTRÁN DE FELIPE, M., *Discrecionalidad Administrativa y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1995, pp. 237-261. El autor defiende dos ideas: por una parte, que el interés general

la doctrina se ha planteado si el interés general es lo mismo o equivalente a interés público, algo que conviene aclarar ya que en muchas ocasiones se hace referencia de manera indistinta a uno y a otro, como si tratase de la misma noción. Una parte de la doctrina entiende que interés general e interés público son equivalentes pensando en que la connotación de lo “público” no está en relación tanto con el interés de los entes públicos como con el interés general de la comunidad¹⁹³. Sin embargo, hay otros autores que si han entendido que lo “público” hace referencia a la esfera de los poderes del estado¹⁹⁴. A los efectos que aquí se analizan, parece que es indiferente que se hable de interés general o de interés público ya que lo importante es la identificación del beneficio en sí mismo para la comunidad o sociedad¹⁹⁵. Aunque bien es cierto que las normas que tratan esta cuestión en lo que se refiere a la autorización administrativa hace alusión constante al interés general. La función del interés es la de representar cualquier bien jurídico protegido por la norma en relación con la resolución de los problemas sociales y la satisfacción de las necesidades colectivas, estando en su sentido más estricto contrapuesto al interés particular o privado¹⁹⁶. Por tanto, y en conclusión, la salud de los trabajadores es considerada una razón de interés general por cuanto se trata de algo socialmente relevante que debe ser especialmente protegido¹⁹⁷; situación que lleva a considerar a la autorización administrativa como el mecanismo más apto de control por parte de la administración.

Se podría plantear la duda de si habría sido más conveniente, sobre todo con la entrada en vigor de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, y después con la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, que se hubiera sustituido el régimen de la acreditación por el de la comunicación o declaración responsable¹⁹⁸ del prestador mediante la que manifestase

no es un concepto jurídico indeterminado; por otra, que, incluso si lo fuese, su determinación positiva y concreta no sería tarea del juez sino de la Administración.

¹⁹³ SAÍNZ MORENO, F., *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad*, Civitas, Madrid, 1976, pp. 317-318; GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado*, op. Cit., pp. 72; BELTRÁN DE FELIPE, M., *Discrecionalidad Administrativa y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1995, pp. 240, se refiere a interés público o general.

¹⁹⁴ TOMÁS Y VALIENTE, F., “Estudio previo”, en DE LORENZO, R.; CABRA DE LUNA, M.A.; CAFFARENA, J., (et al.), *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*, Marcial Pons; Escuela Libre Editorial, Madrid, 1995, p. XXX. Este autor, al hilo del estudio del interés general de las Fundaciones en su regulación en el ámbito del derecho civil, entiende lo contrario de lo particular no es lo público, sino lo general.

¹⁹⁵ ALBADALEJO, M., *Derecho Civil. Introducción y parte general*, vol. I, 16ª ed., Edisofer, Madrid, 2004, p. 411

¹⁹⁶ PAREJO ALFONSO, L., “El interés general o público. Las potestades generales o formales para su realización”, op. Cit., pp. 606-607

¹⁹⁷ Recordemos que el derecho a la seguridad y salud (art. 40.2 CE y 19 ET) es parte del derecho fundamental a la vida y la integridad física (art. 15 CE)

¹⁹⁸ De acuerdo con las definiciones legales, en el art. 71 bis. 1 y 2 Ley 30/1992, de 26 de noviembre se está ante una comunicación previa en aquellos casos en los que se presenta ante la Administración un “documento mediante el que los interesados ponen en conocimiento de la Administración Pública competente sus datos identificativos y demás requisitos exigibles para el ejercicio de un derecho o el

el cumplimiento de los requisitos exigidos y se facilitara la información necesaria a la autoridad competente para el control de la actividad. En este sentido, hay que dejar claro que la mecánica operativa es sustancialmente distinta. La consulta previa y la declaración responsable del desarrollo de la actividad, no están supeditadas al previo ejercicio por parte de la administración de sus poderes de verificación, investigación e inspección. Al ser libre la actividad de servicios y no proceder consiguientemente una resolución administrativa que actúe como título habilitante, no es preciso que el prestador solicite y obtenga de la administración ningún tipo de certificación. En consecuencia, y puesto que lo que distingue una intervención de la administración de otra es su diferente intensidad, parece razonable que, atendiendo al interés general que tratan de proteger las normas sobre acreditación de los SPA, la intensidad, en este caso, debería ser la mayor, y aplicar en consecuencia el régimen general de las autorizaciones¹⁹⁹.

La intervención en el control del cumplimiento de los requisitos de configuración de los servicios de prevención, no sólo se establece respecto de la acreditación de los SPA, sino también respecto de los SPM donde el art. 21.2 *in fine* RSP prevé la necesaria comunicación con carácter previo a la autoridad laboral competente para el supuesto concreto en el que la constitución de este servicio no haya sido decidida en el marco de la negociación colectiva. El mismo precepto en su apartado 3 establece que la autoridad laboral podrá formular requerimientos sobre la adecuada dotación de los

inicio de una actividad, de acuerdo con lo establecido en el artículo 70.1”. Por su parte, la declaración responsable es aquel documento “*suscrito por un interesado en el que manifiesta, bajo su responsabilidad, que cumple con los requisitos establecidos en la normativa vigente para acceder al reconocimiento de un derecho o facultad o para su ejercicio, que dispone de la documentación que así lo acredita y que se compromete a mantener su cumplimiento durante el periodo de tiempo inherente a dicho reconocimiento o ejercicio*”. Se trata de figuras en las cuales hay un punto común, la falta de intervención administrativa previa al inicio de la actividad; esto es, el procedimiento administrativo no tiene el horizonte final de un acto de autorización, sino que concluye con la comunicación de datos o, en su caso, la verificación de la información aportada por el particular. Sobre este asunto GONZÁLEZ GARCÍA, J. V., *Autorizaciones, comunicaciones previas y declaraciones responsables en la trasposición de la Directiva de Servicios*, REAF, núm. 11, 2010, pp. 255-293. Con la nueva regulación establecida por la Ley 39/2015, de 1 de octubre de procedimiento administrativo común de las administraciones públicas, la declaración responsable y la comunicación previa se regulan en el art. 69.

¹⁹⁹ SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUDELOS, D., *El control de la proporcionalidad de la actividad administrativa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 642-643. FERNÁNDEZ TORRES, J. R., *Regímenes de intervención administrativa: autorización, comunicación previa y declaraciones responsables*, Revista Catalana de Dret Public, núm. 42, 211, pp. 96-107; LAGUNA DE PAZ, C., “Controles Administrativos para el acceso al mercado: autorizaciones, declaraciones responsables y comunicaciones previas”, en RIVERO ORTEGA, R., y VICENTE BLANCO, D. J. (dirs.), *Impacto de la trasposición de la Directiva de Servicios en Castilla y León*, Consejo económico y social de la Comunidad de Castilla y León, 2009, pp. 311-328, en línea: <http://www.cescyl.es/es/publicaciones/premios/impacto-transposicion-directiva-servicios-castilla-leon> MUÑOZ MACHADO, S., *Ilusiones y conflictos derivados de la Directiva de Servicios*, Revista General de Derecho Administrativo, núm. 21, 2009, pp. 3.

medios humanos y materiales. Teniendo en cuenta esta concreta regulación hay que aclarar dos cuestiones. Por un lado, si la comunicación a la que se refiere el precepto es una autorización administrativa o quedaría dentro de las llamadas comunicaciones previas y declaraciones responsables reguladas en el art. 71 bis de la Ley 30/1992, y por otro lado, los efectos que sobre el funcionamiento del SPM tendrían los requerimientos de la autoridad competente. Ambas cuestiones serán analizadas en el Capítulo III de este trabajo, pero a los efectos que aquí se analizan tal comunicación a la autoridad responsable puede resultar razonable teniendo en cuenta el fin del SPM; sin embargo, merece una crítica desde la naturaleza jurídica de estos servicios mancomunados por cuanto son considerados SPP que no requieren de ninguna intervención administrativa previa. Esta y otras cuestiones llevan inexorablemente a concluir, como se estudiará, que el SPM es más un SPA que un SPP.

B) El mantenimiento de la acreditación: la justificación en el tiempo de la suficiencia y adecuación de la modalidad organizativa

Aunque la acreditación siga siendo el instrumento y el requisito apto para poner en marcha las empresas que se va a dedicar a las actividades preventivas, el procedimiento de concesión sí que se ha adecuado a lo señalado por la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, y que se refleja en la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, en el sentido de establecer una acreditación única para estas entidades, eliminando no sólo el trámite de acreditación provisional sino también la posibilidad de que las comunidades autónomas puedan introducir requisitos adicionales para las entidades que pretendan desarrollar sus servicios en su territorio. De esta forma se eliminan las trabas administrativas y se garantiza la homogeneidad en la acreditación de la entidad especializada en todo el territorio con independencia de la comunidad autónoma que la haya otorgado.

Sin embargo, pese a la aparente claridad con la que el legislador regula esta cuestión en la modificación operada en las normas de prevención a través de la Ley 25/2009 y el RD 337/2010, las autoridades laborales de algunas comunidades autónomas y los operadores de este mercado no han llegado a entender el alcance de la regulación de la acreditación única para todo el territorio nacional. Así, en un intento de evitar interpretaciones contrarias al espíritu de la norma, el legislador vuelve a modificar el RSP, el RD 843/2011, de 17 de junio, y la Orden TIN 2504/2010, de 20 de septiembre, a través del RD 899/2015, de 9 de octubre, el RD 901/2015, de 9 de octubre, y la Orden ESS/2259/2015, de 22 de octubre. De forma que las autoridades laborales de las distintas comunidades autónomas no podrán solicitar un procedimiento acreditación en cada comunidad donde el SPA pretenda desarrollar su actividad, pero sí que podrán intervenir en el control y la verificación (arts. 25.3 y 26.2 RSP) del cumplimiento de los requisitos de funcionamiento, sin establecer ninguno adicional. Los mecanismos de

colaboración entre las distintas administraciones se convierten aquí en un factor fundamental ya que será la manera adecuada de comprobar que el funcionamiento de los SPA en los distintos lugares en los que realiza la actividad es el adecuado²⁰⁰.

La suficiencia y adecuación de los SPA se controla no sólo a través de la acreditación que se concede para el comienzo de la actividad, sino que debe haber un control posterior que permita el mantenimiento de la acreditación. Si para la solicitud de la acreditación (arts. 23 RSP y 3.2 Orden TIN/2504/2010, de 20 de septiembre) las empresas deben describir: las actividades preventivas que van a realizar; la previsión de sectores sobre los que pretende actuar teniendo en cuenta el nivel de peligrosidad de los mismos; el número de empresas y el volumen de trabajadores a las que atenderá; los recursos humanos y materiales con los que va a disponer en el inicio de la prestación de servicios; la identificación de los medios instrumentales y su ubicación; y los contratos que tenga con otras entidades para realizar actividades que requieran conocimientos especiales o instalaciones de gran complejidad, todas estas condiciones se deberán mantener para el correcto funcionamiento de estas entidades. Cualquier cambio de ellas requiere de una puesta en conocimiento de la autoridad laboral competente en el plazo de 10 días desde que se produce la variación de los requisitos de funcionamiento.

El problema radica, por un lado en que deben ser los propios SPA los que deben poner en conocimiento de la autoridad competente esta cuestión, y por otro en la determinación de qué condiciones son las que habría que poner en conocimiento de la autoridad competente, y con qué periodicidad. Lo lógico será atender al listado de datos que las empresas deben hacer constar y justificar, recogido en el art. 3.2 Orden TIN/2504/2010, de 20 de septiembre. Sin perjuicio de que se analicen estas y otras cuestiones en el siguiente Capítulo cuando se tratan las condiciones de mantenimiento de la acreditación, lo relevante, en lo que aquí interesa, es que para el mantenimiento de la acreditación deberá justificarse que se preserva la suficiencia de los medios y recursos en relación con las actividades preventivas que se realizan y las empresas para las que prestan servicios; así como la adecuación como modalidad organizativa que ofrece servicios de prevención del nivel de calidad exigido para todos los casos.

3.2.2. Las auditorías de prevención de riesgos como instrumento de control del cumplimiento de los requisitos de las fórmulas organizativas internas

²⁰⁰ El propio RSP, cuando regula el Registro de los SPA, establece en el art. 28.5 la necesidad de que las relaciones entre las autoridades laborales se rijan por el principio de cooperación y por lo establecido en el art. 4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que establece los principios de las relaciones entre las administraciones públicas. Con la nueva Ley 40/2015, de 1 de octubre de Régimen Jurídico del sector público se refuerza el principio de cooperación entre las administraciones públicas estableciéndose un elenco de técnicas cooperación recogidas específicamente en su art. 144.

Las auditorías de prevención de riesgos son un instrumento de gestión que busca reflejar la imagen fiel del sistema de prevención de riesgos laborales en la empresa valorando su eficacia y detectando las deficiencias que puedan dar lugar a incumplimientos de la normativa vigente, para permitir la adopción de decisiones dirigidas a su perfeccionamiento y mejora²⁰¹. Estas auditorías permiten una evaluación sistemática, documentada, objetiva, periódica e independiente que evalúa la eficacia, efectividad y fiabilidad del sistema de gestión de la prevención²⁰². No se trata de una inspección con el objetivo de sancionar los incumplimientos detectados. Por el contrario, el objetivo de las auditorías es que un tercero imparcial detecte fallos del sistema de gestión de la prevención de riesgos y haga propuestas de mejora. Aunque existen auditorías de prevención de diversa índole, la que se analiza en este trabajo es la reglamentaria u obligatoria y, por tanto, la regulada en los arts. 30.6 LPRL, 29 y ss. RSP y 8 y 9 de la Orden TIN/2504/2010, de 20 de septiembre²⁰³.

Las auditorías, aunque no son parte de la fórmula organizativa elegida, si que constituyen un elemento más del sistema general de gestión de la prevención de las empresas. Forman parte de éste comprobando si es adecuado teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso. La auditoría analiza la política preventiva de la empresa, la evaluación y planificación, el plan de emergencia, el cumplimiento de la normativa en materia de consulta y participación de los trabajadores, la formación o información, el reparto de las funciones y responsabilidades, el cumplimiento de las normas de coordinación de actividades empresariales, el cumplimiento de la actuación en materia de investigación de accidentes de trabajo, y, por supuesto, la adecuación de la fórmula de organización preventiva. Es por ello que se configura como un mecanismo de control de la suficiencia de los recursos y medios y de la adecuación de la propia organización. Ahora bien, la organización de la prevención se erige no sólo como una de las cuestiones que la auditoría va a analizar y a evaluar, sino también, como determinante de la propia obligación de la empresa de tener que realizar una

²⁰¹ Art. 30.1 RSP. La auditoría, tal y como la conocemos en la actualidad, surge a mediados del siglo XIX a partir de que el aumento del tamaño de las empresas hiciera aparecer la figura del empresario gestor frente al empresario propietario, teniendo como objetivo el constituirse en instrumento de creación de confianza de las actuaciones del gestor frente al propietario. Con posterioridad, ya mediados del siglo XX y a partir de la Norma Británica BS- 5750, origen de la ISO 9000, las técnicas de auditoría comienzan a utilizarse en los sistemas de gestión de la calidad, del medio ambiente y de la seguridad y salud. BAJO ALBARRACÍN, J. C., *Auditoría de Sistemas de Gestión de Prevención de Riesgos Laborales*, Madrid, Instituto Europeo de Salud y Bienestar, 1999, pp. 16-17.

²⁰² Definición dada por la Norma EN UNE 81900 EX.

²⁰³ Hay distintos tipos de auditorías: a) las certificadoras que se dan cuando la empresa quiere ir más allá del mero cumplimiento de los requisitos legales y decida implantar un sistema de prevención que se ajuste a los requisitos establecidos en las normas OHSAS 18001, UNE EN 81900 EX; b) las voluntarias que son aquellas que realizan las empresas para mejorar las auditorías obligatorias de manera que podrán hacerse en aquellos casos en los que no sea legalmente exigible, o cuando siéndolo se realicen con más frecuencia con un alcance más amplio; c) las auditorías internas que son las que se practican por personal interno de la empresa para el mantenimiento del sistema.

auditoría. Es decir, en función de la modalidad organizativa exigida, la empresa tendrá la obligación o no de llevar a cabo esta auditoría reglamentaria.

A) Auditorías obligatorias y razón de ser de la obligatoriedad.

Las auditorías legales se configuran como obligatorias para las empresas que organizan la prevención con medios internos. El hecho de que el nacimiento de la obligación gire en torno al tipo de organización preventiva no significa que lo que se audite sea la fórmula organizativa, ya que, como se ha dicho, el objeto de la verificación son las obligaciones de prevención que conforman el sistema de prevención de una empresa, y, por tanto, los aspectos legalmente exigibles en esta materia. La obligación legal de realizar auditorías no se extiende a todos los supuestos y empresas sino que existen algunos casos en los que el legislador las ha eximido de esa realización obligatoria. Son los supuestos en los que las empresas han organizado la prevención con una entidad especializada externa y los casos en los que, habiendo organizado internamente la prevención, se trate de empresas de hasta 50 trabajadores cuyas actividades no están en el Anexo I, en las que la eficacia del sistema preventivo resulte evidente dado el limitado número de trabajadores y la escasa complejidad de las actividades preventivas.

En ambos casos, hay que hacer algunas apreciaciones. Cuando las empresas conciertan la prevención de manera integral con un SPA, es cuando quedan eximidas de llevar a cabo una auditoría reglamentaria; y si se estableciera un sistema mixto de organización, es decir, cuando hubiera recursos internos y externos, la auditoría deberá recaer sobre la adecuación de la organización y sobre las actividades preventivas desarrolladas con recursos propios (art. 31 bis RSP). Cuando la empresa se organiza con recursos propios pero cumple los requisitos de tamaño y peligrosidad mencionados antes puede formar parte de ese conjunto de empresas que no necesitan ser auditadas, siempre y cuando pongan esta situación en conocimiento de la autoridad laboral a través de una notificación en la que especifican la concurrencia de las condiciones para quedar eximidos de auditoría externa (arts. 29.3 y 4 RSP y Anexo II RSP).

El que las auditorías no sean obligatorias en todos los casos de articulación de un sistema organizativo de la prevención interno constituye un problema en relación con la adecuación y suficiencia del mismo. El empresario, para evitar el coste de la práctica de la auditoría, intentará buscar la vía idónea para que, en cumplimiento de las normas de prevención, no se vea obligada a realizarla, y en esta dinámica, se encuentra con tal posibilidad si externaliza la prevención con un SPA. Sin embargo, las auditorías deberían ser vistas como una herramienta útil para poder detectar los

problemas preventivos, determinar la suficiencia de los recursos empleados y para establecer si hay adecuación de la organización preventiva al tipo de empresa.

Así que, teniendo en cuenta estos efectos positivos, la solución sería la de configurar la obligatoriedad de auditoría para todas las empresas, de forma general independientemente de la formula organizativa elegida²⁰⁴, es decir sin que este sea el criterio determinante de la obligatoriedad. Varias son las razones que justificarían una ampliación de la obligación. La primera es que el sujeto sobre el que recae la auditoría es la empresa y no la organización preventiva, y su objeto, son las actividades preventivas que se llevan a cabo en la empresa en su totalidad y no sólo las actividades preventivas que realiza la estructura organizativa. Así que debería ser indistinto si las actividades preventivas se hacen con personal interno o con un SPA, ya que lo se valora es el grado de cumplimiento de las normas preventivas, de las obligaciones y de su adecuación en la concreta empresa. La segunda es que, con la acreditación de los SPA, se valora la capacidad y los medios técnicos con los que se va a desarrollar el servicio, pero ello no implica que esos recursos se utilicen adecuadamente ni que la labor preventiva desarrollada por el SPA se lleve a cabo con todas las garantías²⁰⁵. La tercera razón es que, si hubiera una obligación general para todas las empresas, no se estaría incentivando indirectamente el elegir determinadas modalidades organizativas en detrimento de otras, como son las internas. De esta forma se elimina uno de los argumentos que favorecen la contratación de los SPA y ello iría en consonancia con la propia Directiva y con las líneas marcadas por los agentes y operadores en esta materia.

Ahora bien, aunque el criterio para determinar la obligación de una auditoría no puede ser la modalidad organizativa elegida, si que podrían establecerse exenciones de la obligación en función de otra serie de factores (ya se hace en el art. 29.3 RSP) como pueden ser el tamaño de la empresa o la peligrosidad de las actividades, la siniestralidad de la empresa o del sector, la complejidad de las actividad preventivas que se realizan, etc., pero no el tipo de organización preventiva, por mucho que algunas de las fórmulas hayan pasado un proceso de autorización para actuar en el mercado. Esa acreditación, como se ha visto, es un título habilitante pero no es garantía de una correcta ejecución de las actividades preventivas en las empresas que las conciertan.

²⁰⁴ FERNANDEZ RAMIEREZ, M., *Propuestas para la reforma del marco normativo sobre los servicios de prevención*, Aranzadi Social, núm. 4, 2012, (versión electrónica).

²⁰⁵ Y para muestra una reciente Sentencia del Juzgado de los Social núm. 1 de Pamplona, de 18 de marzo de 2015 (procedimiento núm. 65/2014), en la que se declara la responsabilidad íntegra del SPA por incumplimiento de las actividades preventivas, ya que era el que tenía el conocimiento técnico.

B) La acreditación de las personas y empresas auditoras como mecanismo de garantía de la suficiencia y adecuación del sistema

Las razones que llevan al legislador a establecer la previa autorización de las empresas auditoras son similares a las que llevan a exigir la acreditación obligatoria de los SPA. De hecho, el art. 33 RSP sobre la acreditación de las auditorías se remite al régimen jurídico establecido en los preceptos precedentes sobre acreditación de los SPA. La autorización, en este caso, también será única y con validez en todo el territorio nacional y para su concesión será necesario justificar que se cuenta con los medios humanos y materiales necesarios para desarrollar la actividad (arts. 8 y 9 Orden TIN/2504/2010, de 20 de septiembre). La autorización permite conocer y controlar que las personas y empresas auditoras que van a actuar en el mercado cuentan con los medios y la capacidad necesaria para realizar sus actividades que tienen como fin último proteger la seguridad y salud de los trabajadores. Este es el motivo que justifica la necesidad de una autorización administrativa y por el cual la falta de notificación de la autoridad competente obliga a entender desestimada la solicitud (de nuevo silencio negativo).

Hay varias cuestiones a destacar respecto de la autorización de las auditorías. La primera, que pese a que la norma indique la necesidad de contar con profesionales en todas las especialidades preventivas (art. 8.2 Orden TIN/2504/2010, de 20 de septiembre²⁰⁶), no es tan rígida como en el supuesto de los SPA y admite la posibilidad de concertar con profesionales la verificación de ciertos aspectos que se consideran complejos, entre los que destaca la realización de reconocimientos médicos (arts. 32.3 RSP y 8.4 Orden TIN/2504/2010, de 20 de septiembre²⁰⁷). Cuestión que lleva a concluir que no será necesario contar en la empresa auditora con personal sanitario propio. Para el resto de los casos, en cambio, el personal debe ser propio de la plantilla

²⁰⁶ Art. 8.2 Orden TIN/2504/2010, de 20 de septiembre: *A efectos de determinar los medios humanos mínimos para poder desarrollar las actividades que constituyan las auditorías señaladas en el apartado anterior, en el caso de una persona física, ésta deberá ser un técnico de nivel superior en cualquiera de las cuatro especialidades o disciplinas preventivas consideradas en el artículo 34 del Reglamento de los Servicios de Prevención que disponga, además, de una formación o experiencia probada en gestión y realización de auditorías y en técnicas auditoras y, en el caso de las entidades especializadas, deberán contar con, al menos, un técnico que cumpla estas condiciones.*

²⁰⁷ Art. 8.4 Orden TIN/2504/2010, de 20 de septiembre: *No obstante lo dispuesto en los apartados 2 y 3, y según determina el artículo 32.3 del Reglamento de los Servicios de Prevención, la verificación de los resultados de la evaluación de riesgos, que presente especial complejidad, podrá ser concertada con profesionales que cuenten con conocimientos, medios e instalaciones necesarios para su realización, no siendo obligatorio en este caso que las personas o entidades especializadas dispongan de personal o de recursos materiales para efectuar dicha verificación. La especial complejidad de las verificaciones vendrá determinada por la necesidad de realizar mediciones, análisis, pruebas, ensayos o reconocimientos de la salud con el fin de contrastar los resultados.*

de la auditoría. La segunda, que esta auditoría puede ser desarrollada por profesionales independientes que cumplan los requisitos para ser auditores (art. 30.7 LPRL). En los casos en los que el profesional cumpla con todos los requisitos de formación y capacitación y cuente con los medios, podrá realizar estas actividades. Incluso nada impide que, si el profesional es técnico en todas las especialidades, pueda él mismo desarrollar todas las auditorías. En caso contrario, deberán contar con técnicos de nivel superior en las especialidades que no posea (art. 8.2, *in fine*, Orden TIN/2504/2010, de 20 de septiembre²⁰⁸), que serán contratados laboralmente por el auditor, con excepción del personal sanitario que podrá concertarlo.

Por último, en todo caso, los auditores no sólo deberán tener la formación como técnicos de prevención de riesgos laborales de nivel superior sino que, además, deberán tener una formación y experiencia probada en gestión y realización de auditorías y en técnicas auditoras, lo que lleva a la conclusión de que un técnico de prevención de nivel superior no podrá ser auditor de prevención sino cuenta con un plus de formación que le permita desarrollar esta labor con suficientes garantías. Esta acreditación, al igual que ocurre con la de los SPA, tiene como misión asegurar que las personas o empresas que van a actuar en el mercado como auditoras cumplen los requisitos para realizar la función social para la que se han creado: proteger en última instancia la vida e integridad física de los trabajadores.

4. LA INDEPENDENCIA EN EL EJERCICIO DE LAS ACTIVIDADES PREVENTIVAS

La independencia se configura como otro de los principios o elementos que conforman el modelo organizativo de la prevención. Sea cual sea la estructura preventiva de la empresa se han previsto mecanismos que, en cada una de ellas, permiten que las funciones preventivas puedan realizarse con objetividad, salvo en el caso de la asunción por el empresario donde la nota de la independencia es de dudosa y difícil aplicación. No resulta poco habitual que las actividades preventivas que realizan, tanto las organizaciones internas como la externa, entren en conflicto con objetivos empresariales, sobre todo porque, en ocasiones, ello obliga a cambiar prácticas, procedimientos y formas de trabajo²⁰⁹. Esta situación es la que ha llevado al legislador

²⁰⁸ Art. 8.2, *in fine*, Orden TIN/2504/2010, de 20 de septiembre: *En ambos casos (tanto si es persona física, como si es persona jurídica), además, deberá contar con técnicos de nivel superior, propios o, en su caso, concertados según lo previsto en el apartado 4, en todas las demás especialidades o disciplinas señaladas en el artículo 34 del Reglamento de los Servicios de Prevención, con el fin de poder efectuar las verificaciones de la evaluación de riesgos que pudieran ser necesarias.*

²⁰⁹ GONZÁLEZ ORTEGA, S., *La organización de la prevención por el empresario: los servicios de prevención*, op. cit., pp. 33: *“frecuentemente la seguridad laboral se afirma contra o a costa, en todo o en parte, de ese interés, es habitualmente costosa, exige intervenciones, obliga a cambiar prácticas y procedimientos productivos y formas de trabajo, influye en el rendimiento laboral, fuerza desembolsos*

a prever una serie de garantías, en el caso de la estructura interna de prevención, y a establecer unas prohibiciones sobre la actuación en el mercado, en el caso de la organización con medios externos. Estos mecanismos permiten que quienes realizan las evaluaciones, planificaciones, formaciones, y en fin, todo el asesoramiento al empresario, lo hagan con independencia y objetividad, sin intromisiones, ni preocupaciones sobre los efectos que pueden tener sus decisiones y propuestas preventivas. En el caso de los trabajadores designados y los servicios de prevención propios se trata de una independencia técnica y personal. Y en el caso de los SPA, de una independencia institucional²¹⁰. El problema es que, tanto en un caso como en otro, las herramientas de las que se sirve el legislador, las garantías y las vinculaciones prohibidas, no han sido bien definidas, por lo que no se ha determinado su alcance, y ello implica problemas de aplicación práctica. A continuación se intentará hacer una aproximación a las distintas manifestaciones de la independencia en la organización de la prevención interna (trabajadores designados y SPP y SPM), y en la organización externa (SPA), sin perjuicio de que será tratadas de manera más pausada en los Capítulos II y IV de este trabajo.

4.1. La necesaria independencia de los técnicos de prevención en el ejercicio de las funciones preventivas

Los técnicos de prevención como sujetos que realizan las actividades preventivas tienen que estar protegidos de manera especial frente a posibles injerencias de las empresas sobre su persona o sobre la organización de la que forman parte. Así pues, conviene diferenciar estos sujetos en función de si pertenecen a la organización preventiva interna o externa y posteriormente, para el caso de que pertenezcan a la interna, determinar si su independencia puede ser equiparable a la que se predica de la de los representantes de los trabajadores, y el alcance de la misma.

4.1.1. Las diferencias de la independencia en función del tipo de organización preventiva: independencia personal e independencia institucional

Los mecanismos que garantizan la independencia en el caso de los técnicos de prevención que pertenezcan a la empresa se basan en las garantías que extiende el legislador tomándolas de las previstas para los representantes de los trabajadores (art. 30.4 LPRL). En este sentido, se trata de la protección de la independencia personal del trabajador. Diferente es el caso de los técnicos de prevención del SPA. Al tratarse de

en formación, genera una cierta transparencia en la información interna de la empresa, debe soportar la intervención sindical o la de los delegados de prevención, etc.”.

²¹⁰ Esta necesaria independencia institucional se extiende también a las empresas auditoras que deberán realizar su actividad sin ningún tipo de condicionante (art. 32.2 RSP).

una entidad distinta de la empresa no existe una subordinación de estos técnicos a la empresa, lo que no asegura que puedan no puedan existir vinculaciones que condicionen la independencia de juicio del propio SPA. En este caso, no resulta necesario garantizar o proteger la independencia de cada trabajador del SPA²¹¹, pero sí de la entidad como tal a la que los poderes públicos le encomiendan una función social que va más allá del cumplimiento del contrato entre las partes²¹². Sobre la prohibición de las vinculaciones como garantía de la independencia se volverá un poco más adelante.

Más problemática es la situación de los técnicos de prevención de los SPM, ya que pese a tener naturaleza de SPP, la realidad es que se configura como una entidad híbrida entre el SPP y el SPA, y esto hace que, precisamente en situaciones como la que se están analizando, no se sepa con claridad si los estos prevencionistas están dotados de las garantías que se les da a la organización interna, o si habría que establecer una especial independencia institucional ya que el SPM se configura como una entidad diferente a cada una de las empresas que confluyen en su creación y mantenimiento. El problema fundamental radica en el hecho de que, al tratarse de un conjunto de empresas, los trabajadores de estos servicios podrían encontrarse en diferentes situaciones jurídicas con respecto de los distintos empresarios. Sea como fuere, la realidad es que el propio art. 21 RSP establece que el SPM debe ser considerado como un SPP, por lo que a estos efectos deben extenderse a sus miembros las garantías del art. 30.4 LPRL, y ser tratados como si los técnicos fueran trabajadores de un SPP. Así lo ha entendido la STSJ de Madrid, de 9 de julio de 2012 (R°. 1844/2012, sala de lo social) en la que se aplica la garantía de opción del trabajador entre la readmisión y la indemnización en el supuesto de despido improcedente de un técnico que pertenecía al SPM (art. 56.4 ET). Esta parece la solución más acertada

²¹¹ Además el art. 30.4 LPRL, cuando extiende las garantías de los representantes de los trabajadores, lo hace a los trabajadores designados y a los técnicos de prevención del SPP, ya que la norma habla de los trabajadores integrantes del servicio de prevención cuando la empresa decida constituirlo y no de cuando la empresa decide contratarlo: *“los trabajadores designados no podrán sufrir ningún perjuicio derivado de sus actividades de protección y prevención de los riesgos profesionales en la empresa (...) Esta garantía alcanzará también a los trabajadores integrantes del servicio de prevención, cuando la empresa decida constituirlo de acuerdo con lo dispuesto en el artículo siguiente”*. Sirve para corroborar esta afirmación la STSJ de Canarias, de 30 de enero de 2004 (R°. 1664/2003, sala de lo social). Algún autor ha considerado la posibilidad de aplicación de estas garantías en los supuestos en los que se combine actividades del SPA con una relación laboral en el SPP que contrata al SPA. SANCHEZ GARCÍA, A., *Garantías laborales de los técnicos y sanitarios en prevención de riesgos laborales*, 2014, Documento publicado por Mutua Intercomarcal en línea en: <http://www.aranzadi.es/sites/aranzadi.es/files/creatividad/mutua-intercomarcal/Numero82/Especialista2.pdf>

²¹² Así se recoge en el Código Deontológico que han firmado algunas Asociaciones de SPA como es el caso de la Federación de Servicios de Prevención Ajenos (ASPA): en línea: <http://aspaprevencion.com/index.php?cont=codigo>

puesto que es difícil pensar en otro mecanismo de garantía de independencia que no sea la personal.

4.1.2. La independencia del técnico de prevención en la organización interna

En ocasiones, la actividad de los prevencionistas puede verse por la empresa como un condicionante en el cumplimiento de sus objetivos comerciales o mercantiles, pudiendo las funciones que realizan los técnicos de prevención entrar en conflicto con decisiones o intereses empresariales. Por este motivo, y teniendo en cuenta la función que cumplen estos trabajadores y los valores y derechos que quedan afectados, la protección de su independencia es necesaria para que no se les pueda discriminar en y por el ejercicio de sus funciones.

Por lo que se refiere a los trabajadores designados y a los técnicos del SPP hay que establecer la independencia desde dos perspectivas. Desde la vertiente del contenido de su prestación de trabajo, el prevencionista cuenta con una independencia técnica que se genera, no sólo por la especial formación y cualificación que deben poseer, sino también por la exigencia de que estos trabajadores tengan acceso a toda la información y a la documentación que se genere en la empresa en relación con la seguridad y salud. Desde una vertiente personal, el técnico cuenta con unas garantías que tienen como finalidad protegerle de posibles acciones del empresario que tengan base en su actuación preventiva y le perjudiquen en su puesto de trabajo; aunque en realidad, y como se verá a continuación, las garantías deberían ir encaminadas a la protección de esa independencia técnica y de las funciones que desempeñan los prevencionistas frente a quien tiene el deber general de protección²¹³. Antes de entrar en cada una de estas perspectivas de la independencia, es necesario abordar dos cuestiones.

La primera, que la independencia de los técnicos no es absoluta, es decir, los técnicos son instrumentos del empresario y es en relación con él con quien tienen que cumplir sus obligaciones. Pero igualmente hay que tener en cuenta que las tareas de los técnicos consisten en la tutela de ciertos derechos de otros, esto es de los trabajadores. Así que, los técnicos, pese a su independencia técnica, están subordinados a las decisiones del empresario, aunque se trata de una subordinación o dependencia limitada por el cumplimiento de la finalidad protectora para la que se le contrató. Así

²¹³ ALVAREZ DE LA ROSA, M., “El deber de protección y los servicios de prevención de riesgos laborales”, en CASAS BAAMONDE, M. E., (et. al.), *Seguridad y salud en el trabajo. El nuevo derecho de prevención de riesgos laborales*, Madrid, La Ley-Actualidad, 1997, pp. 62. La STSJ de Asturias, de 26 de julio de 2013 (Rº. 1058/2013, sala de lo social) en cuyo Fundamento Jurídico Quinto establece precisamente en torno a esto que: “de lo que se trata es de proteger su independencia frente al poder empresarial (...) para que (...) pueda realizar sus funciones sin temor a poder ser represaliado por el empresa vistos los conflictos que pueden surgir por razón del ámbito en el que se mueve la relación laboral”

pues, los técnicos gozan de independencia en aquellas decisiones que afectan de forma directa a la seguridad y salud de los trabajadores. Para saber cuando el técnico está subordinado y cuando debe ser independiente, habrá que aplicar una regla de prevalencia donde se aplicará una u otra en función de la afectación de las decisiones que haya que tomar. Ante un conflicto de intereses, los económicos y productivos del empresario, por un lado, y los de los trabajadores, por otro, debe primarse los de estos últimos cuando haya que proteger los bienes jurídicos fundamentales de la vida e integridad física²¹⁴.

La segunda, muy relacionada con la anterior, es que no puede haber una equiparación total entre los técnicos y los representantes de los trabajadores, por más que la norma remita a las garantías de estos últimos para aplicarlas a los primeros. Dos razones fundamentan esta postura. La primera, que razonablemente el art. 30.4 LPRL no contempla para los técnicos la garantía de libertad de expresión y el crédito horario (art. 68 d) y e) ET); y la segunda, que la aplicación de estas garantías no se puede llevar a cabo de la misma manera que el ET lo hace con los representantes. Y es que, en realidad, lo que la norma protege es la propia función que desempeñan estos trabajadores, aunque para ello sea necesario proporcionarles una tutela especial. No puede existir una equiparación total porque los representantes de los trabajadores tienen una función dual, la de representación y la laboral, y los técnicos, tan sólo tienen una función, la preventiva que, para ellos, es simultáneamente laboral; a excepción del caso de los trabajadores designados que, cuando no se dedican exclusivamente a las tareas preventivas, realizan labores productivas y de prevención. Así que, lo que el legislador quiere proteger es que los técnicos puedan llevar a cabo las funciones preventivas sin injerencias y cumpliendo el objetivo para el que se reclama su actividad, y no tanto el mantenimiento del empleo o la estabilidad del puesto, como sí ocurre con los representantes. En el caso de los prevencionistas, la estabilidad del puesto viene impuesta por la propia LPRL y RSP al establecer exigencias legales de contratación específicas. Dicho lo cual, algunas de las garantías previstas para los representantes tendrían que adaptarse a la figura del técnico, y podrían ser útiles para conseguir la independencia de éste en el cumplimiento de sus funciones.

A) La independencia técnica en un trabajo sometido a reglas de subordinación

Los trabajadores designados o técnicos de prevención del SPP o del SPM son trabajadores por cuenta ajena y como tales, están sometidos a las condiciones típicas

²¹⁴ GONZÁLEZ ORTEGA, S., *La organización de la prevención por el empresario: los servicios de prevención*, op. Cit., pp. 38-39

de desempeño de su trabajo de los trabajadores asalariados. Llevan a cabo su prestación de servicios dentro del ámbito de la organización y dirección del empresario, por lo que son trabajadores que realizan su trabajo en régimen de dependencia respecto al empresario²¹⁵. La subordinación o dependencia es un concepto graduable que muestra distinta intensidad según la cualificación del trabajador, la forma de organización del trabajo o el lugar de la prestación de servicios²¹⁶, siendo un concepto que se ha flexibilizado considerablemente a lo largo de los años, permitiendo su valoración en los supuestos de trabajo de profesionales a los que se les reconocen importantes dosis de autonomía técnica²¹⁷.

No obstante, el sentido y el alcance de la dependencia en la prestación de servicios de los profesionales de la prevención presentan algunas singularidades²¹⁸. La formación y cualificación especializada que deben poseer para llevar a cabo las funciones preventivas, unido a la finalidad protectora de la seguridad y salud de los trabajadores de esas funciones, hace que el nivel de independencia técnica del trabajador sea elevado, y ello hay que ponerlo en relación con el nivel de diligencia exigible a estos trabajadores como profesionales de la prevención²¹⁹. Si estos técnicos deben tener una especial pericia en la realización de sus cometidos, su deber de diligencia adquiere una cierta especialidad respecto a la diligencia exigida al resto de los trabajadores, e incluso a la exigida a un mando intermedio en materia de prevención. Esta necesaria conexión entre la subordinación del técnico a las directrices del empresario y el deber de diligencia profesional que se les exige como expertos en la materia, permite afirmar que la independencia profesional que poseen es bastante elevada, pudiendo y debiendo

²¹⁵ DE LA VILLA GIL, L. E., *El concepto de trabajador*, Civitas, Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 100, 2000, pp. 50: “la jurisprudencia social sigue confiando en la dependencia para hacer de ella el presupuesto sustantivo básico en la delimitación de las relaciones laborales, porque los presupuestos de remunerabilidad y ajenidad concurren con otras formas contractuales, mientras que la dependencia es la nota característica de la relación laboral.

²¹⁶ MARTÍN VALVERDE, A.; RODRIGUEZ SAÑUDO GUITIERREZ, F. y GARCÍA MURCIA, J., *Derecho del trabajo*, Madrid, Tecnos, 2015, pp. 174

²¹⁷ STS de 29 de noviembre de 2010 (R°. 253/2010, sala de lo social): “tanto la profesión médica como en general en la profesiones liberales, la nota de dependencia en el modo de la prestación de los servicios se encuentra muy atenuada, e incluso puede desaparecer del todo a la vista de las exigencias deontológicas y profesionales de independencia técnica que caracterizan el ejercicio de la misma”; Esta idea se manifiesta también en la STS de 19 de febrero de 2014 (R°. 3205/2012, sala de lo social)

²¹⁸ MONTOYA MELGAR, A., *Trabajo autónomo y contrato de trabajo en las profesiones sanitarias*, Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, núm. 83, 2009, pp. 185. Las singularidades que presenta la profesión sanitaria puede ser, en el sentido que aquí se analiza, muy parecidas a las que presentan los técnicos de prevención.

²¹⁹ El deber de diligencia se encuentra regulado de forma genérica en el art. 1104 CC. En el caso de los técnicos al ser una diligencia profesional debe aplicarse el estándar de conducta basado en la Lex Artis entendida como el saber propio de una profesión. Esta cuestión será analizada en el capítulo IV al hilo del estudio de la figura de los trabajadores designados. La diligencia profesional de los técnicos se ha analizado sobre todo por la jurisprudencia en relación con la imprudencia profesional como parte de la responsabilidad en trabajadores con responsabilidades preventivas en el ámbito de la construcción (STS de 16 de octubre de 2009 (R° 1409/2005, sala de lo civil) Fundamento Jurídico Cuarto; STS de 17 de febrero de 2015 (R°. 3244/2012 sala de lo civil) Fundamento Jurídico Tercero).

hacer sus actividades preventivas, como la evaluación de riesgos, la planificación de la actividad, la formación en información a los trabajadores, la investigación de accidentes, las medidas de coordinación etc., según sus criterios técnicos. Cuestión diferente será que, después, el empresario, como máximo responsable del deber de protección de los trabajadores, ejecute esas actividades preventivas y tome las decisiones oportunas según el criterio experto del técnico o no. Por otro lado, el nivel de diligencia profesional exigible es modulable en función del nivel de capacitación del técnico de prevención y de las tareas de prevención asignadas por el empresario, por lo que también esa independencia técnica será mayor o menor en función de esa capacitación.

B) La equiparación del técnico de prevención con los representantes de los trabajadores

En todo caso, con la finalidad de proteger la capacidad que debe tener el prevencionista para llevar a cabo sus funciones conforme a sus criterios sin intromisiones injustificadas del empresario, el legislador ha previsto un régimen de especial tutela de estos trabajadores a través de la remisión al art. 68 y al 56.4 ET. Estas garantías tienen como objetivo la independencia de los representantes de los trabajadores aunque la principal finalidad gira en torno al mantenimiento y estabilidad del trabajo del representante²²⁰. La primera de las garantías, regulada en el art. 68 a) ET, se traduce en una garantía procedimental, de manera que, antes de la apertura de un expediente en la empresa, puedan ser oídos los representantes del comité de empresa o los delegados de personal. La segunda, regulada en el art. 68 b) ET se concede frente a las extinciones contractuales fundadas en causas objetivas. Persigue que el representante negocie lo mejor para él y sus representados que quedarían privados de éste en caso de cese, razón por la cual los Tribunales han llegado a entender que el representante debe seguir trabajando aunque se cierre el centro de trabajo en que presta servicio²²¹; interpretación basada en que la actuación del representante, si tiene independencia, será más efectiva para el colectivo que representa. Por último, la garantía establecida en el art. 68 c) ET se da frente a los despidos por causas subjetivas, como son los despidos y sanciones disciplinarias motivadas por actos del despedido. Se concede para salvaguardar la independencia del

²²⁰ De manera general sobre las garantías de los representantes y la finalidad de esta especial protección se puede ver: SEMPERE NAVARRO, A. V., *Las garantías de los representantes de los trabajadores*, Navarra, Thomson Aranzadi, 2004; BARREIRO GONZÁLEZ, G., “Garantías de los representantes del personal”, en SALA FRANCO, T.; RAMIREZ MARTÍNEZ, J. M. y BORRAJO DRACUZ, E., *Derecho vivo del trabajo y Constitución: Estudios homenaje al profesor doctor Fernando Suárez González*, Madrid, la Ley, 2003, pp. 195-214; CABEZA PEREIRO, J., “Garantías de los representantes de los trabajadores”, en BAYLOS GRAU, A. (et. Al.), *Diccionario Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 979-984.

²²¹ STS de 30 de noviembre de 2005,

representante por actos individuales del mismo y para evitar que la empresa tome represalias contra él, razón por la cual se extiende a las decisiones sancionadoras que el empresario tome durante el año posterior al cese en las funciones representativas, siempre que el despido se funde en actos realizados en el ejercicio de su representación, y salvo que el despido sea procedente, conforme al art. 54 ET²²².

Por lo que respecta a las garantías de los técnicos de prevención (art. 30.4 LPRL), en este caso, la vocación del legislador es la defensa de la independencia de estos trabajadores frente al poder empresarial, tanto en lo que respecta a su criterio en materia preventiva como al ejercicio del mismo durante la práctica de sus funciones. Así pues, a diferencia de lo que ocurre con los representantes, el objetivo fundamental no es el mantenimiento del empleo del técnico, que deberá conservarse, muy probablemente, por imposición legal (LPRL y RSP), sino el cumplimiento de las funciones preventivas conforme a sus criterios técnicos, a través de una especial tutela. Por ello, los técnicos de prevención no pueden equipararse a los representantes de los trabajadores de manera absoluta, siendo necesario analizar cada una de las garantías previstas y observar, en su caso, si procede su aplicación a los técnicos de prevención, y en qué medida.

Aunque más adelante se verá (Capítulo IV) la aplicación de cada una de las garantías que el legislador ha previsto para los técnicos de prevención, es necesario hacer algunas apreciaciones que permitan definir el alcance de su independencia. La garantía de prioridad de permanencia en los casos de suspensiones o extinciones por causas económicas o tecnológicas (art. 68 b) ET) no tiene un sentido lógico para los prevencionistas²²³. Cuando se produce en una empresa una situación de regulación de empleo, la organización de la prevención no tiene por qué verse afectada, ya que esta tiene que existir en base a las exigencias que la LPRL y el RSP imponen. Lo determinante en este caso es cumplir con la exigencia objetiva de la organización de la prevención que resulta adecuada y/o legalmente impuesta. Ahora bien, si cumpliendo

²²² Argumentación que recuerda la STS de 16 de septiembre de 2013 (R°. Unificación de Doctrina 1636/2012, sala de lo social), a propósito de la resolución del caso en la que finalmente se desestima el recurso porque el recurrente intenta una aplicación conjunta de ambas garantías. El Tribunal Supremo establece que el art. 68 ET protege a los representantes de los trabajadores de las represalias que el patrono tome contra ellos hasta un año después de haber ostentado tal representación, salvo cuando los actos que el empresario considere sancionables no hayan sido en el desempeño de sus funciones representativas; pero no cuando se trata de un despido por causas económicas o tecnológicas, pues, en este caso, sólo les da prioridad de permanencia en la empresa.

²²³ Hay que tener presente que la jurisprudencia ha entendido que la prioridad de permanencia tiene un carácter instrumental de garantía del desempeño de sus funciones representativas, como manifestación del derecho fundamental de libertad sindical que reconoce la Constitución y frente a decisiones empresariales adoptadas con ánimo discriminatorio, al tiempo que se evita que el órgano de representación sufra restricciones en su composición. Al conceder la garantía de la prioridad de permanencia la ley no concede un privilegio, sino que se tutela con esa garantía la representación de los trabajadores. STSJ de Galicia de 25 de noviembre de 2014 (R°. 3042/2014, sala de lo social).

con la legalidad en materia de organización no se necesitan algunos o todos los técnicos de prevención, la amortización de puestos quedaría justificada y esos despidos se producirían por razones organizativas, pero no por causas económicas o tecnológicas. Con esta situación la garantía de permanencia no tiene una fácil aplicación práctica sobre los técnicos de prevención. Algo similar ocurre en lo que se refiere a la garantía que protege al técnico frente al despido o sanción durante el ejercicio de sus funciones (art. 68 c) ET), en cuanto que los trabajadores no podrán ser despedidos ni sancionados por razones relacionadas con el desempeño de su puesto de trabajo, salvo que sea inadecuado y constituya un incumplimiento contractual. Algo que en nada se diferencia del resto de trabajadores de la empresa que tampoco pueden ser despedidos sin justa causa. Sin embargo, estas dos garantías podrían tener virtualidad en el caso de los trabajadores designados que realizan las funciones de prevención sin exclusividad en la empresa.

Por lo que hace al resto de garantías sí que dotan al técnico de prevención de unas ciertas ventajas personales. En estos casos, no es que se garantice sólo la correcta función preventiva, sino que existe una tutela especial ante posibles represalias del empresario como consecuencia del correcto cumplimiento de las funciones y tareas preventivas. Se trata de la obligatoriedad del expediente contradictorio (art. 68 a) ET), la prohibición de discriminación con la correspondiente inversión de la carga de la prueba (art 68 c) in fine ET), y el derecho del técnico a optar por la readmisión en el caso de despido (art. 56.4 ET).

4.2. Las vinculaciones prohibidas en los casos de organización externa de la prevención de riesgos laborales: la independencia institucional

La independencia entendida como la ausencia de cualquier intromisión en la realización de las actividades preventivas también queda amparada por la norma cuando la organización de la prevención se configura a través de los SPA. En este caso, no se trata de garantías personales aplicadas a los técnicos, sino de una prohibición para las empresas que actúan como SPA²²⁴. Uno de los requisitos que debe cumplir un SPA (igual que ocurre con las empresas auditoras²²⁵) es que no pueden

²²⁴ Hay que recordar, aunque sea en cita a pie, que esta prohibición no afectaba a las Mutuas que actuaban como SPA primero, y a las Sociedades de Prevención después, que precisamente prestaban servicios para las empresas con las que tenían un vínculo para la prestación de otros servicios. Situación que, comparada con la prohibición en relación con los SPA, resulta incomprensible desde el punto de vista de la objetividad sobre los resultados de las actividades preventivas que las Mutuas o sus empresas asociadas realizaban, poniendo en entredicho su independencia.

²²⁵ Las empresas auditoras tampoco pueden mantener vinculaciones comerciales financiera o de cualquier otro tipo. En este caso, la norma establece, además algunas precisiones. Así el art. 32.2 RSP después de establecer una cláusula genérica sobre la imposibilidad de que las empresas auditoras puedan realizar otras actuaciones distintas a las de auditoría que puedan afectar a su independencia o influir en el resultado de sus actividades, establece que las personas físicas o jurídicas que actúen como

mantener vinculaciones comerciales financieras o de otro tipo con las empresas con las que tienen conciertos. Esta prohibición queda establecida tanto en el RSP (arts. 17.1 c)²²⁶ y 32.2²²⁷), como en la Orden TIN/2504/2010, de 20 de septiembre. Sin embargo, en ninguna de estas normas se ha definido el concepto de vinculaciones comerciales, financieras o de otro tipo prohibidas, por lo que no queda claro el alcance de tal prohibición normativa, pese a que se trata de uno de los incumplimientos más reiterados por parte de los SPA y de las empresas auditoras²²⁸. Lo que sí parece que puede deducirse de forma genérica es que la Ley establece un compromiso subjetivo de abstenerse de actuar en aquellas empresas que, por las razones que sean, el SPA o la empresa auditora pudieran estar influidas en su objetividad e independencia. Así pues cada empresa deberá analizar sus circunstancias, y asumir el compromiso de no actuar en aquéllas en relación con las cuales existan circunstancias económicas que puedan poner en peligro su objetividad. El incumplimiento de esta prohibición normativa da lugar a una infracción administrativa calificada como muy grave en el art. 13.12 LISOS.

Esta cuestión será analizada en el Capítulo II cuando se estudie el régimen legal de los SPA. Pero resulta necesario diferenciar los distintos tipos de vinculaciones a los que la norma hace alusión, ya que el alcance de la prohibición puede resultar en cada caso distinto. Por un lado, la legislación vigente no contempla favorablemente la existencia

auditorías no podrá tampoco realizar para la misma o distinta empresa actividades de coordinación de actividades preventivas y excepciona las vinculaciones sobre la actividad de auditoria a los SPA y las actividades del servicio de prevención cuando actúen en la empresa auditoria como propia empresa.

²²⁶ Art. 17.1 c) RSP: *Podrán actuar como servicios de prevención ajenos las entidades especializadas que reúnan los siguientes requisitos: (...) No mantener con las empresas concertadas vinculaciones comerciales, financieras o de cualquier otro tipo, distintas a las propias de su actuación como servicio de prevención, que puedan afectar a su independencia e influir en el resultado de sus actividades.*

²²⁷ Art. 32.2 RSP: *Las personas físicas o jurídicas que realicen la auditoría del sistema de prevención de una empresa no podrán mantener con la misma vinculaciones comerciales, financieras o de cualquier otro tipo, distintas a las propias de su actuación como auditoras, que puedan afectar a su independencia o influir en el resultado de sus actividades. Del mismo modo, tales personas no podrán realizar para la misma o distinta empresa actividades de coordinación de actividades preventivas, ni actividades en calidad de entidad especializada para actuar como servicio de prevención, ni mantener con estas últimas vinculaciones comerciales, financieras o de cualquier otro tipo, con excepción de las siguientes: a) El concierto de la persona o entidad auditora con uno o más servicios de prevención ajenos para la realización de actividades preventivas en su propia empresa. b) El contrato para realizar la auditoría del sistema de prevención de un empresario dedicado a la actividad de servicio de prevención ajeno.*

²²⁸ A lo que había que añadir la falta de órganos o entidades que puedan controlar esta situación. FERNANDEZ RAMIREZ, M., *Propuestas para la reforma del marco normativo sobre los servicios de prevención*, Aranzadi Social, número 4, 2012 (versión electrónica). También se puede observar tal apreciación en el Informe de la Federación de Servicios de Prevención ajenos (ASPA) al grupo de Trabajo para la “Elaboración de una estrategia en Seguridad y Salud”, 2006, p. 6; en línea: http://aspaprevencion.com/archivos/INFORME_ASPA.pdf

de vínculos entre las entidades con distinta responsabilidad profesional en el campo de la prevención, estableciendo un modelo institucional basado en la separación de funciones y responsabilidades y en la presunción de que la concentración funcional en entidades vinculadas afectaría a la independencia de cada una de ellas (art. 32.2 RSP). En relación con este primer tipo de vinculación el alcance de la prohibición es absoluto en lo que respecta a la imposibilidad de que los SPA puedan a su vez prestar servicio de auditoras y viceversa. Por otro lado, se prohíben las vinculaciones financieras, comerciales o de cualquier tipo que afecten a la independencia del SPA (o de la auditoría en su caso). En este sentido, habrá que plantearse algunas cuestiones. Primero, si estas empresas pueden ofrecer otro tipo de servicios a sus clientes además de los de prevención; y, segundo, qué vínculos o relaciones entre empresas y SPA (o auditoría) hay que considerar que pueden afectar a esa objetividad e independencia de los técnicos de prevención. Y, en tercer lugar, y en relación sólo con las empresas auditoras, habría que plantearse también si hay prohibición de realizar auditorías reglamentarias a quienes hacen auditorías certificadoras, que son voluntarias y se rigen no por criterios legales, sino por estándares y normas técnicas (OHSAS 18001). En este caso, tanto la ITSS²²⁹ como la Comisión Nacional de la Competencia²³⁰ han entendido que la realización conjunta de actividades de auditoría reglamentaria de prevención y la emisión de certificaciones OHSAS 18001 no conlleva una influencia negativa sobre el resultado de las auditorías reglamentarias, por lo que no existe una vulneración del principio de independencia que se predica, en este caso, del art. 32.2 RSP.

²²⁹ Informe de la Dirección General de la Inspección de Trabajo de 27 de diciembre de 2011.

²³⁰ Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 12 de julio de 2012: www.cnmc.es

CAPÍTULO II.

LA ORGANIZACIÓN EXTERNA DE LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES EN LAS EMPRESAS.

1.- CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA ORGANIZACIÓN EXTERNA DE LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES EN LAS EMPRESAS

Tras veinte años de vigencia de la LPRL puede decirse, sin ningún género de duda, que su aplicación pende en una buena parte de la estructura organizativa que las empresas hayan configurado en materia de prevención de riesgos laborales²³¹. Hasta la entrada en vigor de la Ley, la organización de la prevención no estaba definida como tal, quedando la realización de las actividades preventivas en manos de los servicios médicos de empresa y los vigilantes de seguridad en el mejor de los casos²³². La regulación de la prevención actual viene a suplir, entre otros, este vacío creando un modelo de organización de la prevención que tiene que materializarse en todas y cada una de las empresas a través de cuatro modalidades o fórmulas organizativas. En algunas empresas será el empresario el que se encargue directamente de las actividades preventivas, si bien contando generalmente con un cierto apoyo, sea de un trabajador designado para cumplir estas tareas, sea de un servicio externo que le asesore. En otras, serán los trabajadores designados por el empresario los que se hagan cargo de la prevención, ya sea directa e individualmente, o configurados como un departamento o sección concreta de la empresa, en cuyo caso se constituirá un servicio de prevención propio, o incluso un servicio de prevención mancomunado, cuando se cumplan los requisitos. O será, finalmente, una empresa externa la que asuma, en general, el conjunto de las actividades preventivas, configurando lo que se ha venido a

²³¹ SEMPERE NAVARRO, A. V., *Aspectos Jurídicos del Reglamento de Prevención de Riesgos Laborales*, Aranzadi Social, vol. V., 1997 (versión electrónica).

²³² Como antecedente más inmediato se encuentra el Decreto 1036/1959, de 10 de julio de 1959 y la Orden de 21 de noviembre de 1959 que vienen a instaurar y regular los Servicios Médicos de Empresa. Éstos nacen con la finalidad de conservar la salud de los trabajadores dentro del ámbito de actividades de las empresas que ocupara a más de 100 trabajadores en aquellas empresas (bien de manera propia o de forma mancomunada), que a juicio de la administración tuvieran una especial peligrosidad. Esta regulación supuso un importante avance, pero no una previsión de servicios de seguridad como institución paralela y complementaria de los servicios médicos de empresa (servicios regulados en la Orden de 21 de septiembre de 1944 que establecía la obligatoriedad de constitución de los Comités de Seguridad e Higiene en determinados supuestos). Aunque había normas que aludían a la figura del técnico de prevención (como eran las normas sobre Comités de Seguridad e Higiene y el Reglamento de los Servicios Médicos de Empresa), la realidad es que eran los médicos los que asumían prácticamente todas funciones preventivas, siendo estos técnicos una figura residual no obligatoria (art. 82 del Reglamento de los Servicios Médicos de Empresa). Posteriormente la Orden General de Seguridad e Higiene en el Trabajo de 1971, también vienen a suponer un avance en la configuración de la organización preventiva en las empresas que no estuvieran obligadas a constituir un Comité de Seguridad e Higiene y que ocupara a más de 5 trabajadores. El problema es que a esta figura no se le dio ningún tipo de poder decisorio (art. 9.2 OGSHT). La confusión de órganos y funciones hizo de aquella regulación un ejemplo de ineficacia e imposibilidad práctica de aplicación de las normas preventivas. Una explicación detenida sobre la regulación histórica de la organización de la prevención se puede ver en GARRIGUES GIMENEZ, A., *La organización de la prevención en la empresa*, Valencia, Publicaciones de la Universidad Jaume I, Colecció Estudis Jurídics, 1997, pp. 153-175.

denominar como servicio de prevención ajeno, haciéndolo de forma coordinada con una cierta estructura interna de la empresa, también dedicada a estas tareas.

Como se dijo en el primer capítulo, en base al uso que hacen las empresas de estas fórmulas organizativas²³³, se comienza el análisis con la modalidad del SPA. Los SPA son entidades especializadas que prestan servicios de asesoramiento y apoyo a empresas para el cumplimiento de las obligaciones de prevención. Se trata de empresas creadas por la propia Ley y posteriormente concretadas por el RSP, que no contaban con ningún precedente y para cuya actuación en el mercado se requiere de una previa acreditaciones por la administración y la existencia de profesionales formados de manera específica. Situación esta que lleva al legislador a prever otras opciones de rápida configuración que permitieran la puesta en marcha de la LPLR y de toda la normativa de desarrollo. Es en este contexto donde las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales se constituyen como el instrumento idóneo para realizar las actividades preventivas que podrían desarrollar los SPA. La razón que llevó al legislador a esta situación es que las Mutuas ya contaban con experiencia y ciertos medios humanos y materiales que les permitía cumplir con las previsiones de la LPLR. Pero esta situación, que se preveía transitoria²³⁴, hasta que se configurasen los SPA, ha llegado hasta nuestros días, conviviendo como formulas externas de organización preventiva tanto los SPA como las Mutuas, primero, y las Sociedades de Prevención, después. Así pues, durante estos veinte años ambos tipos de entidades han prestado los servicios de prevención, creando el llamado sector de la prevención que actúa en el mercado con sus propias particularidades²³⁵.

²³³ El 75% de las empresas usan SPA como modalidad organizativa de prevención: Observatorio Estatal de Condiciones de Trabajo sobre las Modalidades de organización implantadas en las empresas dentro de las contempladas por la legislación, cuya última actualización se realizó en 2009, en línea: <http://www.oect.es/portal/site/Observatorio/menuitem.02f24b227be1a22f7ac3d63062c08a0c/?vgnextoid=a0ed681b3ac62310VgnVCM1000008130110aRCRD&vgnnextchannel=38bb46a815c83110VgnVCM100000dc0ca8c0RCRD>; Un dato más reciente del que se puede extraer la misma conclusión se obtiene de la segunda encuesta ESENER realizada por la Agencia Europea <https://osha.europa.eu/en/publications/reports/esener-ii-first-findings.pdf>, donde se muestra claramente que España es uno de los países de la Unión Europea en los que más evaluaciones de riesgos se realizan (ocupa el sexto lugar en el ranking) pero uno de los que en menor medida se asume esta tarea con medios internos de la empresa: apenas un 11%.

²³⁴ La propia Exposición de Motivos de la LPLR establece que la inclusión de las Mutuas se hace de manera eventual.

²³⁵ El mercado de la prevención se ha caracterizado por la concurrencia de dos tipos de empresas que lo han condicionado profundamente. Por un lado, las empresas netamente privadas, los SPA, y por otro, la participación de entidades creadas al amparo de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales. Estas últimas contaban con una cuota de mercado superior al 68%, y aún teóricamente separadas de las Mutuas, han sido entidades que han realizado practicas calificadas de competencia desleal, lo que ha llevado al Tribunal Supremo en su Sentencia de 4 de marzo de 2014 (R° 1195/2011, sala contencioso-administrativo) a tal declaración, y a que finalmente se haya procedido a la venta de Sociedades de Prevención con fecha límite del 30 de junio de 2015. Durante el tiempo en el que han

En la actualidad, y tras la Ley 35/2014, de 26 de diciembre, por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social en relación con el régimen jurídico de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, los SPA se constituyen como la única forma con la que cuentan las empresas para externalizar todas o algunas de las actividades preventivas a realizar, siendo así una de las únicas cuatro modalidades de organización de la prevención de riesgos. Son empresas que cumplen con una función social básica, por lo que su creación y funcionamiento queda fuertemente sometido al control por parte de la administración. Antes de pasar a analizar la regulación y las disfunciones de estos SPA, conviene matizar dos cuestiones. Por un lado, cuál es esa funciones social, y por otro, y como consecuencia de ello, por qué es necesario, y se justifica, el control ejercido por la administración. Los SPA se han convertido en las “manos” del empresario para el cumplimiento de las obligaciones preventivas a los que se les encomiendan funciones ejecutivas de gran importancia²³⁶. Así pues, son un intermediario que lleva a cabo las actividades preventivas encargadas por las empresas y que necesitan un conocimiento técnico especial. El recurso a la intervención externa encuentra muchas veces una clara justificación en la elevada especialización exigida por las tareas preventivas y en la necesidad de utilizar unos recursos materiales, a veces costosos para integrarlos dentro de la propia empresa²³⁷. Por ello, resulta necesario repensar, no sólo desde la crítica a lo que actualmente está regulado²³⁸, en una articulación adecuada de la organización de la prevención con el fin de conseguir

coexistido los dos tipos de entidades, la competencia generada entre ambas, hizo que se produjera una guerra de precios que ha ido acompañada de una disminución de la calidad de los servicios, lo que dio lugar a la realización de una prevención documental de corte formalista, pero no a un cumplimiento eficaz y real de sus funciones. En la actualidad el sector se enfrenta a una nueva situación derivada, en primer lugar, del endurecimiento de los requisitos de acreditación, en segundo lugar, de la situación de crisis que lleva aparejada la reducción de la población ocupada, y en tercer lugar, de la venta de las sociedades de prevención a nuevos operadores del mercado en los que, previsiblemente, se va a concentrar la mayor parte de la cuota de mercado (57,68%) en manos de muy pocos operadores, muchos de ellos sin experiencia en el ámbito de la prevención de riesgos laborales. Dato obtenido del Informe presentado en septiembre de 2015 por el Grupo Preving titulado *Evolución y nuevos horizontes del sector de la prevención de riesgos laborales*, en línea: <http://www.preving.com/index.php/actualidad/los-expertos-de-preving/item/588-evoluci%C3%B3n-y-nuevos-horizontes-del-sector-de-la-prevenci%C3%B3n-de-riesgos-laborales-i.html>

²³⁶ OJEDA AVILÉS, A., *Claves interpretativas de la Ley 31/1995, sobre prevención de riesgos laborales*, Revista Jurídica Española, La Ley, Tomo I, 1997, pp. 1886.

²³⁷ IGARTÚA MIRÓ, M. T., *Organización de la prevención en la empresa: de los excesos de la externalización al tímido fomento del uso de recursos propios. Reflexiones críticas al hilo de dos disposiciones reciente (RD 337/2010 y RD 404/2010)*, op. cit., pp. 91. Sobre el contenido técnico elevado de la actividad de prevención de riesgos ya se manifestó ALARCÓN CARACUEL, M. R., “Los deberes del empresario respecto a la seguridad y salud de sus trabajadores”, en OJEDA AVILÉS, A.; ALARCÓN CARACUEL, M. R. y RODRIGUEZ RAMOS, M^a. J., *La Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Aspectos Clave de la Ley 31/1995*, Navarra, Aranzadi, 1996, pp. 123-124.

²³⁸ Aunque con las últimas modificaciones legislativas se ha perdido una oportunidad clara de reorientar correctamente conforme al criterio de la Directiva Europea la organización de la prevención dentro de las empresas.

el objetivo perseguido de proporcionar al trabajador una tutela eficaz de su seguridad y salud.

Hasta aquí, se podría decir que este SPA es igual que las empresas que contrata el empresario para que le ayuden, por ejemplo, en el cumplimiento de las obligaciones fiscales. El empresario no tiene por qué ser un experto en fiscalidad, pero su falta de conocimiento no le exime de su responsabilidad. En este sentido el SPA, igual que la consultora o la gestora, actúan como un servicio especializado que el empresario contrata. Lo que ocurre es que cuando se trata del cumplimiento de las obligaciones preventivas, lo que está detrás, es la protección del derecho a la seguridad y salud, y el consiguiente derecho fundamental a la protección de la vida y la integridad física²³⁹. Por esta razón, las obligaciones preventivas son obligaciones esenciales de la empresa, y si se externalizan, debe ser bajo una condición y es que el SPA, además de ser el auxiliar del empresario en el ejercicio de sus obligaciones, se convierte en parte del

²³⁹ El derecho a la vida y a la integridad física no está recogido en la normativa de prevención pero la jurisprudencia se ha encargado de ponerlo en valor. Las sentencias más relevantes que se pueden encontrar en torno a esta idea son la STC 160/2007, de 2 de julio, y la STC 62/2007, de 27 de marzo, en cuyo Fundamento Jurídico Tercero se establece: “(...) desde la perspectiva constitucional que nos compete, tal actuación u omisión podría afectar al ámbito protegido por el art. 15 CE cuando tuviera lugar existiendo un riesgo constatado de producción cierta, o potencial pero justificado ad casum, de la causación de un perjuicio para la salud de la trabajadora o del feto, es decir, cuando se generara con la orden de trabajo un riesgo o peligro grave para la salud de aquella o para el del hijo en gestación. Precisamente por esa razón, para apreciar la vulneración del art. 15 CE en esos casos no será preciso que la lesión de la integridad se haya consumado, lo que convertiría la tutela constitucional en una protección ineficaz ex post , bastando por el contrario que se acredite un riesgo relevante de que la lesión pueda llegar a producirse”.

entramado de sujetos con deberes en materia preventiva y cuya finalidad última es la protección de la vida y la integridad física de los trabajadores²⁴⁰.

Esta condición de los SPA les coloca en una especial situación, y es la causa que lleva al legislador a limitar el derecho de estas entidades a su libertad de empresa. Estas limitaciones se producen: a) por el necesario control que se ejerce, por parte de la administración, sobre ellas; b) por el establecimiento de determinadas prohibiciones sobre sus actividades y sobre sus relaciones con las empresas; y c) por el establecimiento de algunos requisitos a cumplir sin los cuales no pueden actuar en el mercado. Por lo que se refiere al control, los SPA necesitan de una autorización administrativa que se denomina acreditación en este caso, sin la cual no pueden ejercer su actividad; autorización que se justifica, como se dijo en el primer capítulo, en la protección del interés general. Este control no solo se ejerce al inicio de la actividad sino respecto al mantenimiento de su actividad, por lo que los cambios deberán ser comunicados a las autoridades laborales y sanitarias competentes. En relación con las prohibiciones, por un lado, se establece la imposibilidad de tener vinculaciones comerciales, financieras o de otro tipo; y por otro, se establece la imposibilidad de subcontratar la actividad preventiva, cuestión que se justifica en la necesidad de mantener un control sobre los sujetos que realizan una actividad que es esencial de la empresa. Por último, en lo que tiene que ver con los requisitos a cumplir, tanto su

²⁴⁰ Lo que da lugar a que estos sujetos puedan ser responsables por el incumplimiento de las obligaciones que se les hayan asignado (art. 14 LPRL), y así se ha recogido por la doctrina y la jurisprudencia. El art. 5 de la Directiva Marco y el art. 14.4 LPRL fundamentan el hecho de que la posición de garante le corresponde en todo caso al empresario. Sin embargo este hecho no implica que haya otros sujetos responsables. En este sentido, lo recoge la doctrina: SALA FRANCO, T., *La responsabilidad de los servicios de prevención ajenos a la empresa y del personal a su servicio*, op. Cit. (versión electrónica): “... del incumplimiento de las obligaciones legales y contractuales en materia de seguridad y salud laboral contraídas por un servicio de prevención ajeno con una determinada empresa, responderá directamente el servicio, con independencia de la paralela responsabilidad de la empresa de la que no podrá librarse por el hecho de tener concertada la actividad preventiva con un servicio de prevención ajeno”. Aunque la responsabilidad del empresario que pueda derivarse de la falta de medidas de seguridad en el trabajo no queda abolida ni sin efectos porque, en uso de las facultades que la Ley le otorga, acuda a un SPA para realizar las actividades de prevención, y así se ha recogido en alguna sentencia: STSJ de Madrid de 15 de junio de 2012 (R°. 6049/2011, Sala de lo Social), “...hay ocasiones en que los empresarios se ayudan de auxiliares con formación técnica en atención a las funciones que tiene que desarrollar; de forma que la conducta de esos sujetos no exonera al empresario (art. 14.4 LPRL), pero sí que éstos se convierten en personas que deben responder por el incumplimiento de sus propias obligaciones. Y esta respuesta se tiene que dar, no sólo a través de acciones de repetición, sino de forma directa cuando les sea exigible tanto la responsabilidad civil como la penal, o la administrativa recogida expresamente en la LISOS”. Al respecto hay que traer a colación el trabajo de ALFONSO MELLADO, C.L., “La responsabilidad de “terceros” por accidente de trabajo”, en MOLINA NAVARRETE, C. y MOLINER TAMBORERO, G., *La imputación de las responsabilidad en las relaciones laborales*, Albacete, Bomarzo, 2011, pp. 123-172.

establecimiento por las normas como su detalle en la regulación, es consecuencia de la necesidad de establecer criterios que permitan a estas empresas desarrollar la actividad preventiva de forma adecuada.

A continuación se analiza en profundidad el régimen jurídico de estos SPA, las dificultades y los problemas que presenta. Primero se estudiarán las opciones reales que tienen las empresas para recurrir a ellos; en segundo lugar, los requisitos y limitaciones que deben cumplir estas entidades especializadas para actuar en el mercado; y por último, de manera concreta, los requisitos que conforman la suficiencia y adecuación de estos servicios como organización preventiva de las empresas.

2. EL SERVICIO DE PREVENCIÓN AJENO (SPA)

Los SPA son entidades especializadas en prevención de riesgos laborales que prestan servicios en aquellas empresas con las que firman un concierto preventivo, pero que tienen ciertas peculiaridades en cuanto a su puesta en marcha y funcionamiento, que se basan en el cumplimiento de una serie de requisitos que condicionan su esfera de actuación. Para poder entender la concurrencia de los elementos que configuran el modelo preventivo en la concreta modalidad de los SPA es necesario conocer las funciones que tienen o que pueden realizar estas entidades. Los arts. 31.3 LPRL y 19.1 y 20 RSP otorgan a los servicios de prevención (ya sean propios o ajenos) dos competencias centrales en materia de prevención de riesgos laborales. Por un lado, deben dar al empresario el asesoramiento que necesite para que realice las tareas preventivas; y, por otro, han de brindarle el apoyo que sea preciso, teniendo en cuenta que muchas de las actividades de prevención son complejas y necesitan de alguien experto que las desarrolle, no pudiendo el empresario, en gran parte de las ocasiones, llevarlas a cabo directamente²⁴¹. Por tanto, la realidad es que los SPA también gestionan y ejecutan las actividades preventivas en el marco del concierto que firman con las empresas, limitándose en la práctica la intervención del empresario a la firma del concierto tras un acuerdo acerca del precio de los servicios. De esta forma es habitual que el SPA, contrariamente a la orientación legal, actúe para la empresa cliente realizando las actividades preventivas de forma independiente a la gestión de la

²⁴¹ ALARCÓN CARACUEL, M. R., “Los deberes del empresario respecto a la seguridad y salud de sus trabajadores”, en OJEDA AVILÉS, A.; ALARCÓN CARACUEL, M. R. y RODRIGUEZ RAMOS, M^a. J., *La Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Aspectos Clave de la Ley 31/1995*, op. Cit., pp. 123, autor para el que, el deber del empresario se “*descompone en un cúmulo tal de obligaciones – algunas de ellas de contenido técnico muy elevado – que resultaría un despropósito pretender que el empresario llevara a cabo personalmente las diversas tareas necesarias para cumplir esas obligaciones*”. GONZALEZ ORTEGA, S.; MORENO MÁRQUEZ, A.M., y FERNANDEZ PERDIDO, F., *Comentarios al Reglamento de los Servicios de Prevención*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, pp. 76. GARCÍA ORTEGA, J., *Los servicios de prevención ajenos*, Revista Alcor de Mgo, núm. 4. 2005, pp. 46-47.

propia empresa, encargándose de realizar todas las funciones preventivas con una intervención mínima o nula del empresario.

Sin embargo, teniendo en cuenta la legalidad vigente y el elemento de preferencia por la organización interna del modelo de organización preventiva, para determinar realmente las funciones del SPA y su alcance, se hace necesario diferenciar entre tareas que constituyen el soporte o la base de la actividad preventiva, y las que se configuran como actividades a realizar como consecuencia de lo establecido en esas tareas base. De esta manera se consigue saber quién tiene la posición de dominio en cada momento y en cada actividad y ver qué tareas corresponden a la organización externa y cuáles, necesariamente, a la interna y al empresario²⁴². En relación con las tareas sobre las que las se asientan todos los deberes preventivos y que sirven de soporte a la actividad preventiva, y que deberán hacerlas teniendo en cuenta la integración de la prevención se trata de las de evaluación de riesgos, de planificación de la actividad formativa, de formación e información, así como de vigilancia de la salud; en definitiva, son las actividades de prevención más técnicas sobre cuya base se generan las otras de desarrollo o materialización. Para su realización es necesario poseer unos conocimientos técnicos y es por ellos que deben realizarlas los expertos de prevención, sean de los SPA o mediante recursos propios especialistas. En relación con las tareas de ejecución y materialización son ejemplos de ellas el tener los equipos de protección colectiva, proporcionar los equipos de protección individual, el deber de documentación, o el cumplimiento o ejecución de las previsiones del plan de prevención. Se trata de tareas que necesariamente hay que hacer dentro de la empresa pero que se desarrollan siguiendo el asesoramiento del experto que haya valorado las

²⁴² Algo que será infinitamente útil para determinar las futuras responsabilidades de unos y otros. El hecho de que finalmente los SPA no tengan como función tan sólo la del asesoramiento y apoyo a los SPA, sino que sus tareas vayan más allá, incluso ejecutando la actividad preventiva de forma directa en las empresas, lleva a tener que realizar un análisis del alcance de las funciones, porque sólo conociendo este alcance, se podrá determinar su responsabilidad. En todo caso la jurisprudencia se basa en la existencia de la delegación de funciones para entender la obligación y la responsabilidad. Muy ilustrativa resulta la SAP de Jaén, de 23 de junio de 2010 (sala de lo penal, Rº. 13/2010), que establece que: *la delegación se construye en torno a tres premisas que permiten perfectamente la concurrencia de varias personas en la producción del hecho típico: deber de elección, exigiendo que la delegación se realice en persona con capacidad suficiente para controlar la fuente de peligro; deber de instrumentalización, facilitando al delegado los medios adecuados para controlar la fuente de peligro; y el deber de control, incrementando las medidas de cautela específicas para verificar que la delegación se desenvuelve dentro de las premisas de la delegación. Cumplidas las anteriores cautelas nada obsta a que pueda existir responsabilidad penal exclusiva de persona distinta al empresario cuando éste ha cumplido sus obligaciones, ya que de lo que se trata en realidad, es de determinar material y no solo formalmente quién realmente tiene la competencia y puede ejercerla en relación a la seguridad e higiene*

necesidades concretas en cada caso y que corresponden al empresario de forma directa, a quienes se ha encargado de realizar funciones de prevención²⁴³.

Con el objetivo de que puedan llevar a cabo esas funciones correctamente, el legislador ha previsto el cumplimiento de una serie de requisitos para estas empresas, que plantean algunos problemas de aplicación práctica. De hecho se trata, en ocasiones, de problemas que han dado lugar a sucesivas modificaciones normativas, muchas de ellas recientemente aprobadas, y que se analizan a lo largo de este apartado. Para conocer el régimen jurídico hay que atender al art. 31 LPRL, al art. 16 y siguientes del RSP pero también al RD 843/2011, de 17 de junio, sobre criterios para organizar los recursos de la actividad sanitaria de los servicios de prevención y a la Orden TIN/2504/2010, de 20 de septiembre, de desarrollo del RSP en lo referido a la acreditación de los servicios de prevención ajenos, todas ellas en sus versiones más actualizadas²⁴⁴. El análisis de toda esta regulación se aborda primero, estudiando los supuestos en los que el empresario debe contratar con un SPA los servicios; segundo, observando todos y cada uno de los requisitos que deben cumplir los SPA para actuar en el mercado; tercero, se hará un especial análisis de las prohibiciones y permisos que las normas dan sobre la externalización de las actividades preventivas, y sobre los recursos humanos y materiales con los que deben contar necesariamente; y por último, se trae al trabajo el régimen del concierto preventivo y sus repercusiones sobre el correcto funcionamiento del SPA.

2.1. La aparente obligatoriedad de acudir a un Servicio de Prevención Ajeno

Una de las claves necesarias para conocer el funcionamiento de los SPA es saber qué empresas deben o pueden contratar sus servicios. El art 16 RSP recoge una serie de supuestos en los que es obligatorio acudir a un SPA. Sin embargo, no se trata de una obligación que la ley imponga al empresario sin más, sino que se trata más bien de una opción que tiene el empresario en el caso de que decida voluntariamente no llevar a cabo las actividades preventivas mediante cualquier otra de las modalidades

²⁴³ No hay que entender que los SPA se extralimitan en sus funciones por el hecho de que la norma sólo haga referencia al asesoramiento y apoyo, primero porque hay que conocer el alcance del asesoramiento y apoyo, y segundo porque en todo caso, lo que hay que tener en cuenta es que tiene que haber personal interno de la empresa que realice y ejecute aquello que el SPA ha entendido con criterio de experto. Hay doctrina que entiende que los SPA realizan más funciones de las que la Ley establece: BLASCO MAYOR, A., *Las equívocas funciones de los servicios de prevención ajenos*, Prevention World Magazine, núm. 47, 2013.

²⁴⁴ RD 899/2015, de 9 de octubre por el que se modifica el RD 39/1997, de 17 de enero por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención; RD 901/2015, de 9 de octubre por el que se modifica el RD 843/2011, de 17 de junio, por el que se establecen los criterios básicos sobre la organización de recursos para desarrollar la actividad sanitaria de los servicios de prevención; y la Orden ESS/2259/2015, de 22 de octubre, por la que se modifica la Orden TIN/2504/2010, de 20 de septiembre.

organizativas existentes. De tal manera que el nacimiento de la obligación se produce cuando no se ha organizado la prevención con otros medios, debiendo entonces acudir necesariamente a los SPA para dar cumplimiento al deber de organizar la prevención (art. 14.2 LPRL).

Ello es así aunque el art. 16.1 RSP se articule con un verbo imperativo que parece contener una obligación al afirmar que: *“El empresario deberá recurrir a uno o varios servicios de prevención ajenos (...)”*. No obstante, los supuestos en los que así debiera actuar no son sino un conjunto de situaciones en las que el empresario contratará al SPA porque, voluntariamente, ha decidido no llevar a cabo las actividades preventivas a través de la designación de trabajadores, o ésta sea insuficiente (algo que depende en gran medida de la propia decisión del empresario); o cuando estando obligado por la Autoridad Laboral a constituir un SPP debido a las circunstancias concretas de la empresa tal y como lo prevé el art. 14 c) RSP, decide, alternativamente, acudir a un SPA; o cuando, finalmente, haya asumido parcialmente (otra decisión, la de la parcialidad, que también será en la mayoría de los casos voluntaria) la actividad preventiva con recursos propios (sea el propio empresario, sea a través de un SPP), supuesto en el que el empresario debe recurrir a un SPA para complementar las actividades preventivas que hayan de llevarse a cabo.

Finalmente, se puede concluir que, según la normativa española, el empresario puede recurrir libremente a un SPA salvo, y exclusivamente, si está obligado a constituir un SPP como sucede cuando se trata de empresas de más de 500 trabajadores (art. 14 a) RSP) o de empresas peligrosas desde de 250 trabajadores (art. 14 b) RSP); casos, los dos, en los que puede, en parte, externalizar algunas de las actividades preventivas²⁴⁵.

2.1.1. El SPA como fórmula complementaria ante la insuficiencia de los trabajadores designados.

Los conceptos de suficiencia y adecuación, se predicen respecto de muchas cuestiones en torno a las formas de organizar la prevención dentro de las empresas, siendo, como se vio en el primer capítulo, uno de los elementos que configuran el propio modelo organizativo. Así, se pueden encontrar referencias respecto de la suficiencia de los medios y recursos humanos y materiales con los que se debe contar el sistema preventivo empresarial en su conjunto; en su momento se hablaba de la presunción de suficiencia de las Mutuas y de las Sociedades de Prevención para desarrollar la

²⁴⁵ Así lo entiende IGARTÚA MIRÓ, M. T., *Organización de la prevención en la empresa: de los excesos de la externalización al tímido fomento del uso de recursos propios. Reflexiones críticas al hilo de dos disposiciones reciente (RD 337/2010 y RD 404/2010)*, op. cit., pp. 109, cuando afirma que: *“... la opción por el servicio ajeno sigue siendo prácticamente libre para el empresario (salvando los supuestos contemplados en el art. 14 RSP) ...”*

actividad preventiva; o de las acreditaciones y auditorías como mecanismos para determinar si el SPA o el SPP, respectivamente tiene los medios suficientes y adecuados para realizar las laborales preventivas para la que están llamados. Junto a todas estas referencias, una de las más relevantes es la que se contiene en el apartado a) del art. 16.1 RSP cuando establece que el empresario recurrirá a uno o varios SPA cuando: *“la designación de uno o varios trabajadores sea insuficiente para la realización de la actividad de prevención y no concurran las circunstancias que determinan la obligación de constituir un servicio de prevención propio”*.

Esta previsión normativa es una de las que, con más claridad, muestra que el SPA debe ser un modelo de organización complementario a la organización que la empresa debe tener internamente. Sin embargo, esta interpretación queda inmediatamente bloqueada por el propio art. 12.2 RSP que recoge expresamente la ausencia de obligación de designar trabajadores cuando se acude a las otras posibles opciones de organización que se convierten en prioritarias a juicio del empresario pues nada le impide decidir libremente externalizar la actividad preventiva prescindiendo de la fórmula de la designación de trabajadores para estas tareas, y del resto de las opciones previstas. Un desarrollo normativo que se aparta de las previsiones normativas referidas a la preferencia de los medios internos y que no ha sido modificado ni siquiera con la reforma del año 2010 que precisamente iba encaminada a dar mayor protagonismo a los recursos internos de la empresa²⁴⁶. Así que, el problema que se presenta consiste en determinar qué precepto es el que debe aplicarse, porque las consecuencias de uno y otro pueden llegar a ser diferentes. La solución más correcta parece ser la recogida en el art. 16.1 a) RSP por dos razones fundamentales. En primer lugar, porque está más en consonancia con la regulación del art. 31.1 LPRL e incluso es más cercana a la propia Directiva Marco, lo que lleva a afirmar, como ya se vio en el anterior capítulo, que el art. 12 RSP se desvía de las pretensiones europeas, e incluso de lo establecido sutilmente por el legislador en la LPRL. En segundo lugar, el art. 16.1 a) RSP atiende a la finalidad de la norma, donde el trabajador designado debe ser el eje en torno al cual se articule la estructura organizativa, al contrario de lo que hace el art. 12 RSP que resta importancia a esta modalidad organizativa haciendo posible su no utilización en todo caso.

La dificultad interpretativa radica, no obstante, en determinar cuándo, habiendo decidido encomendar la prevención a trabajadores designados para estas tareas, se está ante un supuesto de insuficiencia para la realización de la actividad de prevención. Para ello es imprescindible partir del hecho de que esta problemática sólo se puede plantear en empresas de hasta 500 trabajadores que no realicen actividades peligrosas, o de hasta 250 trabajadores, si las hacen. Pero este dato no sirve por sí sólo para

²⁴⁶ En cumplimiento de las directrices marcadas por la Estrategia Europea de Seguridad y Salud (2007-2012), seguida por la actual Marco Estratégico en materia de Salud y Seguridad en el Trabajo (2014-2020).

apreciar la insuficiencia de los medios internos dispuestos ya que la gama de empresas en las que puede producirse esa circunstancia es muy amplia y variada, por lo que es necesario acudir a otros criterios más precisos.

Estos criterios (algunos de los cuales se establecen en el art. 31.4 LPRL, aunque para otras cuestiones, en concreto, para determinar los recursos con los que debe contar un SPP) pueden ser los siguientes: la complejidad de la organización de la empresa, el tipo de actividad productiva, el número de centros de trabajo con que cuente y su dispersión geográfica, los riesgos a los que los trabajadores están expuestos, la naturaleza indefinida o temporal de los vínculos laborales, el grado de subcontratación o de externalización de actividades, la frecuente concurrencia de actividades con otras empresas, etc. También habrá que tener en cuenta, el nivel de formación y de experiencia de los trabajadores designados, su número, o el tiempo de dedicación a las actividades de prevención en relación con el nivel, intensidad y grado de riesgos que pueda existir, etc.

Teniendo en cuenta todas estas variables, lo cierto es que, en las empresas que tengan un reducido número de trabajadores, que no desarrollen actividades peligrosas, o que tengan uno o pocos centros de trabajo geográficamente cercanos es claro que la colaboración del SPA será mínima debido, precisamente, a la autosuficiencia de los medios dispuestos; mientras que si se trata de empresas complejas, de dimensión media (menor a 250 trabajadores) que desarrollen actividades peligrosas donde concurren riesgos variados, con múltiples centros de trabajo dispersos, con muchos trabajadores temporales, que recurran frecuentemente a la subcontratación de actividades propias y que suelen concurrir con otras empresas en el desarrollo de su actividad, el recurso al SPA será más frecuente debido a la insuficiencia más habitual de los trabajadores designados²⁴⁷.

2.1.2. Las previsiones del art. 16.1 c) RSP como base para acudir alternativa, y a veces obligadamente, a un SPA.

El art. 16.1 c) RSP es uno de esos preceptos que plantea siempre problemas, por cuanto se pueden hacer distintas interpretaciones de él. Son varias las cuestiones que se pueden tratar en torno a este precepto y a la aparente obligación de concertar un SPA. En primer lugar, en relación con la asunción de la prevención por parte del empresario, este deberá recurrir a un SPA cuando asuma personalmente la actividad preventiva pero de forma parcial, en relación con la parte que voluntariamente decide no asumir, u obligatoriamente en lo que se refiere a la vigilancia de la salud (art. 11.2 RSP), o a las actividades respecto de las que no tenga capacidad o medios para

²⁴⁷ MADARÁS PLATA, E., *Los servicios de prevención ajenos*, Aranzadi Social, 2004, (versión electrónica)

llevarlas a cabo; y, en segundo lugar, también será necesario acudir a un SPA cuando, existiendo un SPP (lo que puede ser tanto de forma voluntaria, como obligada), éste no asuma de forma completa el conjunto de las actividades de prevención²⁴⁸. Aquí sí parece que se esté estableciendo una especie de jerarquía entre algunas fórmulas, de una parte, la asunción de la prevención por el empresario y la contratación de un SPA; y, por otra parte, entre crear un SPP y la posible contratación de un SPA, obviando en todo caso la figura del trabajador designado como modalidad de organización no incompatible con las demás. A este efecto, y como ya se dijo en el primer capítulo, hubiese sido más razonable que la norma hubiera establecido una jerarquía entre las distintas modalidades organizativas. A continuación se verán los problemas que plantea cada una de estas situaciones.

El art. 16.1 c) en contra de la regulación del art. 11.2 RSP, establece reglas de preferencia sesgadas ya que, cuando el empresario asume parcialmente la actividad preventiva, el resto deben ser realizadas por las entidades especializadas y acreditadas según las exigencias de la LPRL²⁴⁹. Y es que puede ser acertado determinar legalmente la manera en que el empresario debe proceder en la organización de la actividad preventiva, pero no parece tan correcto que se haga sin tener en cuenta todas las modalidades que la Directiva y la LPRL establecen para favorecer la internalización de la actividad preventiva; lo que es contrario al espíritu de la normativa de prevención, tanto europea como nacional, así como al contenido de las estrategias europeas y española y de la jurisprudencia del Tribunal de la Unión Europea.

El propio texto del art. 16.1 c) genera una contradicción respecto del art. 11.2 del mismo texto reglamentario. Mientras el art. 11.2 RSP se remite al resto de las modalidades de organización de la prevención, cuando textualmente señala que, las carencias preventivas *“deberán cubrirse mediante el recurso o alguna de las modalidades de organización preventiva, previstas en este capítulo”*, el apartado 1.c) del artículo 16 RSP cierra el abanico de posibilidades que establece el art. 11.2 RSP, ya que impone la obligación de concertar la actividad de prevención con un SPA²⁵⁰ e

²⁴⁸ Decisión, la de organizar un SPP completo o de configurarlo sólo parcialmente contratando con otros u otros SPA, que es libre para el empresario aunque, tras la reforma del año 2010, todas las empresas de servicios de prevención deben ofrecer a sus clientes las cuatro especialidades preventivas que han de llevarse a cabo en cualquier empresa a excepción de las que requieran conocimiento o técnicas especiales.

²⁴⁹ CABEZA PEREIRO, J. y LOUSADA AROCHENA, J. F., *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Granada, Comares, 1998, pp. 208-209.

²⁵⁰ Ello por no hablar de cuando el empresario asume la prevención de forma parcial, hay que acudir obligatoriamente (y aquí sí que hay obligación) a un SPA como entidad acreditada, pero no parece que se pueda acudir a los servicios de profesionales externos o a otras entidades que presten o realicen una

impide recurrir al resto de las modalidades, aunque pudieran darse los requisitos²⁵¹. Pues bien, ante la situación en la que el empresario asume las actividades de prevención (teniendo en cuenta que la empresa no se dedica a actividades peligrosas), pero debe acudir a otra modalidad para realizar el resto de actividades, al tener dos normas del mismo cuerpo legal que regulan cosas diferentes, una interpretación teleológica de la misma parece lo más adecuado. En este sentido, cuando el empresario tenga que decidir qué hacer podrá acudir a cualquier otra modalidad organizativa prevista, de forma que no parece acertado imponer obligatoriamente la modalidad de SPA a lo que podría cubrir con trabajadores designados, o incluso con ambas. No obstante, es perfectamente posible que el empresario decida subcontratar todas esas actividades preventivas directamente con un SPA; cuestión que tiene perfecta cabida en la norma, precisamente por la inexistencia de jerarquía entre modalidades y la innecesaria prueba de que cualquier otra modalidad es insuficiente²⁵².

Respecto de la segunda de las previsiones del art. 16.1 c) RSP, es decir, que el empresario debe acudir a un SPA cuando, pese a contar con un SPP, éste no asume la totalidad de las actividades preventivas (art. 15.4 RSP), la solución legal resulta más sencilla porque ambos preceptos establecen lo mismo, esto es, que el SPP cuando no asuma todas las actividades preventivas deberá concertarlas con un SPA. Aunque de nuevo el problema es precisamente que la norma obliga y favorece la externalización de las actividades. No obstante, en este caso, tal regulación podría estar más justificada, ya que, cuando la empresa cuenta con un SPP porque la complejidad de la misma lo requiere, lo razonable es que el resto de actividades preventivas se realicen por una entidad lo suficientemente preparada para atender a esa estructura compleja; razón por la que el legislador piensa que para un supuesto como este, lo adecuado es acudir a un SPA.

Además, a esto se une la posibilidad de que en este tipo de empresas (que pueden, y sobre todo las que deben, tener un SPP), pueden hacerlo con sólo dos especialidades preventivas, siendo el SPA la fórmula organizativa que, en principio, está más capacitada para ofrecer los servicios de las otras dos especialidades preventivas. No obstante, el problema se suscita cuando se producen otras situaciones. Como por ejemplo, el caso de una empresa de tamaño grande o peligrosa (más de 500

determinada actividad especial (al contrario de lo que ocurre para los SPA, a los que si se les permite ciertas opciones de subcontratación).

²⁵¹ GONZALEZ ORTEGA, S, (Coord.), *Comentarios al Reglamento de los Servicios de Prevención (Real Decreto 39/1997, de 17 de enero)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, pp.140.

²⁵² MARDARÁS PLATAS, E., *Los servicios de Prevención ajenos*, op. cit., El autor, que hace un recorrido por las distintas opciones con las que cuenta el empresario dentro de la ley, cuando analiza los supuestos en los que el empresario puede asumir la prevención, estudia las situaciones en que resulta conveniente tener trabajadores designados y las que resulta casi necesario acudir a un SPA, como sucede con la vigilancia de la salud, o para la medición, control y comprobación de algún riesgo concreto.

trabajadores, o de 250) con centros de trabajos separados geográficamente, respecto de los cuales el SPP, cuenta con dos o tres especialidades. En estos casos, esas especialidades deben configurarse para todos los centros de trabajo, ya que el SPP se configura para toda la empresa, y no por centro de trabajo. Lo que ocurre, es que podría plantearse, con base en este precepto, que en esos centros de trabajo alejados del círculo de acción del SPP, se pudiera contratar esas especialidades a través de un SPA²⁵³. Sin embargo una solución así no parece estar justificada una solución, como ya se dijo en el capítulo primero, y ello por dos razones. La primera porque cuando la norma habla de que la empresa debe tener un SPP, lo debe configurar a nivel de empresa y no de centro de trabajo, y segundo, porque existe la opción de organización a través de la designación de trabajadores para esos centros, que formarían parte de ese SPP, y que permite que la empresa tenga una organización preventiva interna en relación con las actividades preventivas que ha decidido asumir internamente, y sólo contratara con el SPA para que este le diera el apoyo necesario en los casos de una actividad especialmente compleja o respecto de las especialidades o actividades preventivas no asumidas. Recordar en este sentido, la posible compatibilidad de opciones organizativas vistas en el primer capítulo.

A modo de conclusión puede decirse, por tanto, que no hay una obligación para el empresario de acudir a la concertación de servicios de prevención a los SPA, sin embargo, la configuración de las opciones por el RSP y la complejidad técnica de las actividades preventivas hacen que prácticamente todas las empresas, salvo aquellas que tengan un SPP con las cuatro especialidades, tengan que concertar en mayor o menor medida estos servicios con una entidad especializada. Así pues, no se trata tanto de una obligación como de una opción prácticamente inevitable, y ello porque, por un lado, la vigilancia de la salud y toda la medicina del trabajo se configura como de difícil interiorización en las empresas, sobre todo en las de menor tamaño, y deberá llevarse a cabo por expertos sanitarios de los SPA; y por otro, porque la experiencia y medios de estos SPA son una ayuda para la correcta realización de la prevención por las empresas, y además ello no exime de la existencia de una estructura organizativa interna.

2.2 Requisitos y limitaciones que deben cumplir los Servicios de Prevención Ajenos para que puedan actuar en el mercado.

En desarrollo de las previsiones del art. 31 LPRL, los arts. 17 y 18 RSP establecen los requisitos que deben cumplirse para crear un SPA y para que pueda desarrollar sus

²⁵³ Idea que se manifiesta en el más reciente artículo 9.2 RD 843/2011, de 17 de junio, por el que se establecen los criterios básicos sobre la organización de recursos para desarrollar la actividad sanitaria de los servicios de prevención, respecto a la subcontratación de las actividades de vigilancia de la salud por un SPP.

actividades como entidad especializada en el terreno de la prevención de riesgos. Tales requisitos son, de una parte, de carácter formal, esencialmente acreditarse ante la Autoridad Laboral siempre que, además, hayan obtenido la autorización para desarrollar la actividad sanitaria y constituir una garantía de la posible responsabilidad en la que pudieran incurrir; y, de otra parte, de carácter material como son los de asumir de forma directa el desarrollo de las funciones establecidas en el art. 31.3 LPRL²⁵⁴ así como contar con una organización adecuada, con instalaciones y recursos materiales y personales suficientes. Estos requisitos de carácter material como la garantía de responsabilidad se convierten a su vez en elementos a exigir para otorgar la preceptiva acreditación. Por otro lado, además de los requisitos, la norma establece ciertas limitaciones o prohibiciones de entre las que destaca la de que carezca de vinculaciones con las empresas a las que presta asesoramiento y apoyo preventivo, y la imposibilidad de que subcontrate con otras empresas las actividades preventivas salvo en casos especiales.

2.2.1. Acreditación y Autorización de las entidades como SPA

La acreditación, cuya regulación se ha modificado recientemente en aras al cumplimiento de ciertas previsiones europeas y nacionales, se configura como el primer requisito, de carácter formal, exigido al SPA para poder ejercer la prevención como entidad privada especializada. La acreditación, que no es sino, una autorización administrativa²⁵⁵ que se apoya en la constatación de que el SPA reúne todos los requisitos, precisa, además, de una autorización previa y distinta por parte de la autoridad sanitaria, configurándose ambas autorizaciones como instrumentos característicos de la intervención administrativa²⁵⁶. Como ya se dijo en el primer

²⁵⁴El art. 31.3 LPRL establece que: *Los servicios de prevención deberán estar en condiciones de proporcionar a la empresa el asesoramiento y apoyo que precise en función de los tipos de riesgo en ella existentes y en lo referente a: a) El diseño, implantación y aplicación de un plan de prevención de riesgos laborales que permita la integración de la prevención en la empresa. b) La evaluación de los factores de riesgo que puedan afectar a la seguridad y la salud de los trabajadores en los términos previstos en el artículo 16 de esta Ley. c) La planificación de la actividad preventiva y la determinación de las prioridades en la adopción de las medidas preventivas y la vigilancia de su eficacia. d) La información y formación de los trabajadores, en los términos previstos en los artículos 18 y 19 de esta Ley. e) La prestación de los primeros auxilios y planes de emergencia. f) La vigilancia de la salud de los trabajadores en relación con los riesgos derivados del trabajo.*

²⁵⁵La autorización se configura como una de las técnicas de intervención de la administración como control preventivo del ejercicio de determinadas actividades sobre las que se requiere la comprobación objetiva y jurídica de la observancia de los requisitos establecidos en la normativa. No son simples declaraciones responsables o comunicaciones previas, sino que representan un acto reglado y previo de comprobación, requisito indispensable para el ejercicio del derecho y en este caso, para la actividad de prevención. Y todo ello pese a que se ha producido un importante auge de esas declaraciones y comunicaciones previas MUÑOZ MACHADO, S., *Las regulaciones por silencio (cambio de paradigma en la intervención administrativa en los mercados)*, El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho, núm. 9, 2010, pp. 74-75.

²⁵⁶LAGUNA DE PAZ, J. C., *La autorización administrativa*, Navarra, Thomson Civitas, 2006, pp.31.

capítulo, aunque estas intervenciones administrativas supongan un límite a la libre iniciativa económica y al desempeño de la misma en el terreno de la prevención de riesgos, se está ante un supuesto de concurrencia entre dicho interés privado y el indudable interés público implicado en la protección de la salud de los trabajadores; de forma que, las autorizaciones citadas no son sino expresión del control público, en ejercicio de sus competencias de vigilancia, para el desempeño privado de las actividades de asesoramiento de las empresas en el terreno preventivo.

A) La calificación jurídica de la acreditación

La acreditación es una autorización administrativa que ha adquirido ese nombre para diferenciarla, en el ámbito de la prevención de riesgos laborales, de la autorización administrativa de la actividad de vigilancia de la salud que, aunque forman parte de un procedimiento común, son sin embargo distintas por el fin que persiguen, regulándose por vías diversas y teniendo un alcance diferente. En ambos casos, la Administración cumple con su función de ordenación y control, asegurando que la conducta de los sujetos implicados sea conforme y respetuosa con los intereses generales vinculados a la salud laboral entendida como parte o dimensión específica de la salud pública²⁵⁷. La importancia de los bienes jurídicos implicados en el sector de la salud demandan una intervención administrativa con carácter preventivo a la posibilidad de actualización de los riesgos²⁵⁸.

Esta función interventora de la Administración Pública se produce como consecuencia de las actividades de policía que tiene encomendada y que además es la forma más tradicional de incidencia de la administración en la esfera privada²⁵⁹. Con esta función de policía la administración cumple con el deber de verificar la legalidad y la oportunidad del ejercicio de la actividad de forma que la iniciativa privada sea compatible con el interés común. Esta actividad de control no se limita al momento inicial de la actividad sino que también se proyecta sobre el desarrollo de la misma, pudiendo exigir en cada momento que el sujeto privado se adapte a las condiciones que se vayan fijando por la normativa, o en definitiva, por el interés general o bien jurídico protegido²⁶⁰. La actividad administrativa de ordenación e intervención

²⁵⁷ Sobre el interés general y el interés público ver PAREJO ALFONSO, L., *Lecciones de Derecho Administrativo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 735-767.

²⁵⁸ PAREJO ALFONSO, L., *Lecciones de Derecho Administrativo*, op. Cit., pp. 319.

²⁵⁹ También es importante la función de integración que se articula con el objetivo de suplir algunas insuficiencias o lagunas normativas. Se habla incluso de la capacidad de la administración en su actividad de ordenación de crear a través de interpretaciones rasgos de las normas que no existían (algo que no es propio de la función de la administración en la aplicación de las normas, legalidad y tipicidad, pero que en este caso, el de la concesión de autorizaciones, se flexibiliza). CIERCO SEIRA, C., *Administración pública y salud colectiva*, Granada, Comares, 2006.

²⁶⁰ LAGUNA DE PAZ, J. C., *La autorización administrativa*, Navarra, Thomson Civitas, 2006, pp. 274.

presenta una serie de características. En primer lugar, presupone la existencia de posiciones privadas que la administración tiene que reconducir teniendo en cuenta determinados límites y la imposición de obligaciones por razones de interés público. En segundo lugar, no es una actividad administrativa de coacción o sanción; y por último es una actividad imperativa que se justifica en vienen constitucionalmente protegidos.

La acreditación como parte de la actividad de la administración, responde al modelo de actuación preventiva en el que se combina la regulación normativa con la interposición de un mecanismo administrativo de comprobación ex ante y ex post de la conformidad de la actividad pretendida por el particular con aquella regulación²⁶¹. Por tanto, la acreditación administrativa se configura esencialmente como un acto administrativo declarativo a través del cual, además, la administración realiza un control preventivo del interés público o interés general. En ningún caso, la Administración desempeña aquí un papel sancionador o coactivo, sino simplemente preventivo. Ahora bien, si que se trata de una intervención sometida al cumplimiento de unos requisitos que se configuran básicos²⁶².

La acreditación debe quedar bajo el paraguas de los principios de intervención de la administración pública. En este sentido convenio hacer referencia al art. 103 CE y art. 39 bis de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento administrativo común²⁶³, preceptos ambos que regulan los principios de actuación de las administraciones publicas y que, por tanto, deben guiar también a la administración en su actividad de autorización de los SPA. La administración debe servir al interés público y debe hacerlos con objetividad, con sometimientos pleno a la Ley y al Derecho, con proporcionalidad, y todo ello de manera coordinada. Por lo que se refiere al principio de legalidad, la administración debe reducir su esfera de intervención a lo establecido en las normas. En este caso, en el desarrollo reglamentario donde quedan concretados los extremos de la acreditación, reducirá al mínimo cualquier elemento de discrecionalidad del órgano competente acreditador. No obstante, en estos casos al no tratarse de un procedimiento sancionador no se exige a la norma una precisión equivalente a la impuesta por el

²⁶¹ PAREJO ALFONSO, L., *Lecciones de Derecho Administrativo*, op. Cit., pp. 315.

²⁶² En principio se pretendió que las actividades privadas no podían ser objeto de limitación en la medida en que se atentaría contra de principios constitucionales como el derecho al trabajo o la libertad de empresa; pero se trata de una posición rechazada al aceptarse la constitucionalidad de limitaciones o regulaciones. En concreto sobre las limitaciones administrativas a los establecimientos sanitarios ver: STC 83/1984, de 24 de julio y STJCE, de 10 de marzo de 2009 (asunto C169/0F)). Concretamente sobre las autorizaciones de los servicios de prevención: GALLO FERNÁNDEZ, M., *La autorización de las actividades sanitarias de prevención de riesgos laborales*, Revista Jurídica de Navarra, núm. 43, 2007, pp. 248.

²⁶³ Que será al art 3 y 4 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que entrará en vigor en octubre de 2016.

principio de legalidad y tipicidad de las infracciones y sanciones, permitiendo el uso de conceptos jurídicos indeterminados o de contenido variable²⁶⁴. En relación con el principio de proporcionalidad, este supone un juicio de adecuación desde el punto de vista de la relación entre la satisfacción del bien jurídico a cuyo servicio está la administración y el contenido y alcance de la medida de intervención adoptada al efecto. La adecuación se da cuando la medida comprende todo y solo lo que sea necesario y suficiente para aquella satisfacción. Este principio exige la opción menos restrictiva de la libertad, en este caso del SPA en el ejercicio de su actividad empresarial²⁶⁵.

Por último, el principio de coordinación, que es quizá uno de los más útiles para lograr una actuación eficaz por parte de las Administraciones Públicas, máxime si se tiene en cuenta la separación y confrontación que en numerosas ocasiones se produce, con un mayor o menor alcance, entre competencias de distintas Administraciones públicas. No en vano el Tribunal Constitucional ha recordado reiteradamente la necesidad de que las Administraciones se coordinen, lo que, entre otras cosas, evitaría un gran número de conflictos de competencias²⁶⁶. Este principio de coordinación también se regula en el ámbito preventivo de manera general en el art. 11 LPRL que lleva por título la coordinación administrativa; y de manera concreta, por lo que se refiere a la acreditación de los SPA el art. 25.3 RSP referido al procedimiento de acreditación establece la coordinación cuando la autoridad deba recabar el informe preceptivo de las comunidades autónomas donde el SPA haya comunidad que tiene instalaciones. De

²⁶⁴ GALLO FERNÁNDEZ, M., *Autorización e Inspección de las actividades sanitarias de los servicios de prevención de riesgos laborales*, Instituto Navarro de Administración Pública, Edita: Gobierno de Navarra, 2009, pp. 256-257.

²⁶⁵ La sentencia del Tribunal Constitucional 14/2003, de 28 de enero, entre otras muchas, afrontó el conflicto entre un interés general o público, al que por definición ha de servir la Administración, y derechos fundamentales de los ciudadanos. Señaló la sentencia que las limitaciones que se establezcan no pueden obstruir el derecho fundamental más allá de lo razonable, de donde se desprende que todo acto o resolución que limite derechos fundamentales ha de asegurar que las medidas limitadoras sean necesarias para conseguir el fin perseguido, haciendo hincapié el Alto Tribunal en la necesidad de que la medida restrictiva de un derecho fundamental supere "el juicio de proporcionalidad" a cuyo efecto es necesario constatar si se cumplen los tres requisitos o condiciones siguientes: (i) si la medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); (ii) si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito (juicio de necesidad); (iii) y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto.

²⁶⁶ Concretamente, y con referencia al artículo 103.1 de la CE, la STC 109/1998, de 21 de mayo, aludía al principio constitucional de eficacia como origen de los instrumentos coordinadores en general. La Ley 30/1992 también se refiere a este principio en diversos preceptos, aparte del artículo 3.1. Es de destacar en este sentido el artículo 4, en el que partiendo del principio de lealtad institucional que debe regir las relaciones entre las Administraciones públicas, se alude al respeto, intercambio de información y cooperación que debe existir entre Administraciones. A tal fin, en los artículos 5 y ss. de la Ley 30/1992 se regulan las Conferencias Sectoriales y otros órganos de cooperación, los convenios de colaboración que pueden suscribirse entre Administraciones Públicas, así como los planes y programas conjuntos.

la misma manera deberá actuar la autoridad sanitaria respecto de la autorización de los aspectos sanitarios²⁶⁷.

A continuación se analiza la regulación de esta acreditación como autorización administrativa preventiva de carácter declarativo, y posteriormente las distintas cuestiones que giran en torno a ella, como la autoridad competente y la necesidad de mantenimiento; la forma de operar el silencio administrativo y su razón de ser; y los problemas que plantea la unicidad y validez de la acreditación para todo el territorio, especialmente con la autorización administrativa.

B) La regulación de la acreditación: un complejo entramado normativo

El desarrollo reglamentario del art. 31.5 de la LPRL en lo relativo a la acreditación de un servicio de prevención ajeno se contiene en los arts. 23 a 28 del RSP y en la Orden TIN/2504/2010, de 20 de septiembre. Esta acreditación es el mecanismo de control de la suficiencia y adecuación del SPA de forma que se pueden determinar de manera más concreta si se cumplen los requisitos para poder actuar en condiciones óptimas en el mercado. Y se dice *de manera más concreta* porque el art. 23 RSP establece una serie de requisitos a cumplir en consonancia con el art. 18 del mismo texto y con los arts. 1 y 3 de la Orden TIN y sus Anexos I y II, que deberán ser tenidos en cuenta y aplicados por la administración competente para conceder dicha acreditación. El art. 24 RSP señala que la autoridad competente para conocer de la solicitud de acreditación será la autoridad laboral del territorio de origen, entendida esta como la autoridad donde el servicio de prevención tenga las instalaciones principales, sobre lo que después se volverá. Dicha autorización será única y tendrá validez en todo el territorio español, como también señalaba el art. 31.5 LPRL, con lo que el SPA obtiene una acreditación en el territorio de una Comunidad Autónoma pero puede actuar en todo el territorio nacional.

Por lo que se refiere a la autorización sanitaria el art. 25.1 del RSP señala que la autoridad laboral del territorio de origen dará traslado de la solicitud a la autoridad

²⁶⁷ Para mejorar la coordinación sobre acreditación de lo SPA y el control y mantenimiento de los requisitos, la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el trabajo debería gestionar la creación de un grupo de trabajo encargado de esta cuestión como cumplimiento a su función de coordinación de las actuaciones desarrolladoras por las distintas administraciones públicas en materia de prevención (art. 13.3 LPRL). Por otra parte, por lo que se refiere al concreto ámbito de las cuestiones sanitarias, la necesaria colaboración entre la Administración Estatal y las Administraciones Autonómicas está prevista en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad. La Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud contempla el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud como órgano de coordinación entre el Estado y las Comunidades Autónomas con competencias específicas que giran en torno a esta labor.

sanitaria de dicho territorio de origen, a los efectos de la aprobación en cuanto a los requisitos de carácter sanitario. El art. 25.3 RSP establece que tanto la autoridad laboral como la sanitaria recabarán informe preceptivo de las respectivas autoridades laboral y sanitaria de las Comunidades Autónomas en las que el solicitante pretenda realizar su actividad. El mismo artículo añade que el informe de las autoridades laborales se pronunciará sobre la suficiencia de los medios humanos (y también materiales) de que disponga la solicitante de acreditación.

Por otra parte, el RD 843/2011, de 17 de junio, norma tanto laboral como sanitaria, establece los criterios básicos sobre organización de recursos (humanos y materiales) para desarrollar la actividad sanitaria de los servicios de prevención. En su faceta de norma sanitaria, el RD regula los requisitos sanitarios precisos para la obtención de la acreditación. En lo relativo a la organización de medios humanos (requisito a comprobar por la autoridad laboral al acreditar al servicio), el art. 4.3 del RD exige la existencia de una Unidad Básica Sanitaria (UBS), es decir, un médico del trabajo y un especialista en enfermería del trabajo, por cada dos mil trabajadores. A partir de esa cifra de trabajadores se utilizará un criterio distinto para dimensionar el personal (basado en horas, por trabajador y año), sobre lo que después se volverá²⁶⁸. Además se dispone que la autoridad sanitaria podrá “adaptar” en su ámbito territorial esta UBS en función de determinadas características geográficas.

La aprobación sanitaria en el marco del procedimiento de acreditación requiere la autorización sanitaria en los términos del RD 1277/2003, norma a la que el RD 843/2011 remite en su art. 2.1, y de los respectivos desarrollos autonómicos. Con arreglo al RD 1277/2003, la autorización administrativa de un servicio sanitario corresponde a la autoridad autonómica en la que se ubique dicho servicio. Por tanto, la “aprobación” de los aspectos de carácter sanitario a que se refiere el art. 31.5 LPRL consiste en la autorización sanitaria que regula el RD 1277/2003, y dicha autorización sanitaria se refiere a la autorización de la instalación y funcionamiento de infraestructuras para la prestación de los servicios que se regula y determina por la autoridad sanitaria del territorio donde se solicite la acreditación o respecto del cual se vayan a realizar actividades preventivas sanitarias²⁶⁹.

²⁶⁸ Con el RD 901/2015, de 9 de octubre, por el que se modifica el RD 843/2011 se suprime la posibilidad que tenía la autoridad sanitaria para adaptar en su ámbito territorial esta USB. En este sentido la regulación anterior recogía la posibilidad de tener en cuenta criterios de adaptación: características geográficas, tipo de empresas, riesgos de las empresas, características de los trabajadores, etc.

²⁶⁹ Ejemplos de estos desarrollos autonómicos son el RD 69/2008, de 26 de febrero por el que se establecen los procedimientos de las Autorizaciones Sanitarias y se crea el Registro Andaluz de Centros, Servicios y Establecimientos Sanitarios; Decreto 26/2014, de 29 de mayo por el que se regula el procedimiento de autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios de la Comunidad Autónoma de Cantabria; Decreto 51/2006, de 15 de junio del Consejo de Gobierno, regulador del régimen jurídico y procedimiento de autorización y registro de centros, servicios y establecimientos sanitarios de la Comunidad de Madrid; Decreto 12/2009, de 8 de enero por el que se regula la

C) Autoridad Competente, procedimiento de concesión y mantenimiento de la acreditación

En este apartado se analizarán las cuestiones relativas a la autoridad competente para proceder a la acreditación, el procedimiento de concesión y el mantenimiento de la acreditación a lo largo del tiempo, circunstancias todas ellas que configuran el régimen jurídico de la acreditación de los SPA y que permiten entender su razón de ser.

Por lo que se refiere a la autoridad laboral competente (art. 24 RP), será el órgano que tenga competencia en esta materia (normalmente la Consejería de Empleo o de Trabajo) de la comunidad autónoma donde radiquen las instalaciones principales del SPA que, a su vez, deberá solicitar informe a la ITSS y a los órganos técnicos en materia preventiva de la CCAA o del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el trabajo²⁷⁰. Esta autoridad también será la competente para conocer de la revocación de la acreditación. En cuanto a la autorización sanitaria, con el mismo criterio de presencia principal de las instalaciones sanitarias del SPA, será habitualmente la Consejería de Salud o la Dirección General del ramo, salvo en las comunidades autónomas pluriprovinciales donde es frecuente que la competencia la ostenten los Directores o Delegados provinciales de Sanidad. El procedimiento de acreditación da lugar a una red de comunicaciones e informes entre las autoridades laborales y sanitarias de las diferentes comunidades autónomas con la ITSS, con sus órganos técnicos territoriales y con el INSHT y los órganos regionales que pone a prueba la coordinación entre las administraciones y la agilidad de la información²⁷¹.

Los informes de las autoridades laborales y sanitarias y los recabados a órganos técnicos versarán sobre la suficiencia de los medios materiales y humanos de los que va a disponer la entidad que quiere acreditarse. A la vista del procedimiento regulado en el art. 25 RSP y en el art. 3 de la Orden TIN/2504/2010, de 20 de septiembre, la acreditación final es concedida por la autoridad laboral, ya que la autorización sanitaria es parte del proceso de esa acreditación.

autorización de centros, servicios y establecimiento de la Junta de Galicia; Decreto 157/2014, de 3 de octubre por el que se establecen las autorizaciones sanitarias y se actualizan, crean y organizan los registros de ordenación sanitaria de la Consejería de Sanidad de Cataluña.

²⁷⁰ La norma no habla de la preceptividad de este informe en contraposición con el informe que tiene que pedir a las comunidades autónomas. Por esta razón, no debe considerarse un informe preceptivo (arts. 25 2 y 3 RSP)

²⁷¹ Teniendo en cuenta que algunos de los informes tienen que ser emitidos por administraciones diferentes a las que tramita el expediente de acreditación, y que nada se establece de forma específica en la normativa de prevención, no hay que olvidar que entrará en juego el art. 83 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que establece los plazos de los informes y sus excepciones.

A estos efectos, lo más relevante es precisar a qué se refiere la norma cuando recurre al criterio geográfico del “lugar donde radiquen sus instalaciones principales” (art. 23 RSP). La respuesta, en principio, parece sencilla por cuanto el art. 3.1 de la Orden TIN/2504/2010, de 20 de septiembre ha previsto que instalaciones principales son aquellas que cuenten con mayor número de trabajadores dedicados a actividades preventivas, no computando entre los mismos a los que se dediquen a tareas administrativas. Sin embargo, esta opción del legislador puede plantear un problema a medio plazo en aquellos supuestos en los que inicialmente el mayor número de empleados dedicados a actividades preventivas estuvieran en el territorio de una comunidad autónoma, pero que, posteriormente, se trasladasen a otra comunidad autónoma o simplemente que se produjera un aumento de personal en otra comunidad autónoma. Si el número de trabajadores dedicados a la actividad preventiva ha pasado a ser mayor en otra comunidad autónoma, quizá sería conveniente que, al menos, se procediese a comunicar esta circunstancia a las autoridades laborales y sanitarias de ambas comunidades autónomas con el objetivo de que el control y mantenimiento de las condiciones se haga conforme a la nueva situación y a la evolución del SPA de que se trate.

No parece que pueda ser exigible tener que solicitar una nueva acreditación ya que, como se verá más tarde, ésta es única y con validez para todo el territorio español. Sin embargo, una cosa debe ser la acreditación (y autorización sanitaria) inicial que permite dar comienzo a la actividad, y otra cosa debe ser el mantenimiento de la acreditación para lo que quizá fuera conveniente establecer un procedimiento adecuado de mantenimiento de la acreditación de forma que, pudieran controlarse y comprobarse, entre otras, cuestiones como la mencionada (art. 26 RSP). Esta es la única manera de poder controlar que los recursos materiales y humanos siguen siendo adecuados para dar cobertura a las empresas clientes a las que la entidad acreditada presta servicios en términos de suficiencia. Por ello, la intervención administrativa no debe tener su fin con la acreditación inicial (o con la primera autorización en relación con la actividad sanitaria), sino que, las autoridades laborales y sanitarias deberán continuar con las labores de vigilancia y control de las condiciones así como con el seguimiento de las posibles variaciones a lo largo del tiempo para lo que cobra una gran importancia las actuaciones inspectoras.

Por lo que se refiere al procedimiento de acreditación resulta interesante destacar, por novedoso en la regulación, algunas referencias que se han eliminado de su normativa reguladora. En el actual art. 23 RSP sobre solicitud de acreditación se elimina toda referencia al ámbito territorial de actuación del servicio, de forma que ya no habrá que mencionar donde se pretende actual ni la determinación del personal en función criterios geográficos. En esta misma línea la Orden TIN/2504/2010, de 20 de septiembre, queda modificada por al Orden ESS/2259/2015, de 22 de octubre, suprimiendo en el art. 3.2 f) la necesidad que existía en el supuestos de actual en

distintas comunidades autónomas de indicar los profesionales que iban a participar en cada territorio y su dedicación horaria; también se elimina del art. 1.2 la referencia al ámbito territorial respecto de los recursos instrumentales mínimos con los que el SPA debe contar; e igualmente otras alusiones a la distribución territorial donde pretenda actuar el SPA o a la previsión del número de empresas o trabajadores teniendo en cuenta este factor (art. 3.2 c) y e)).

El art. 25 RSP regula expresamente este procedimiento de acreditación que comienza con la remisión de una copia de la solicitud de la autoridad sanitaria competente y la solicitud de informes preceptivos a todas las comunidades autónomas en las que se haya identificado la existencia de instalaciones y medios instrumentales. Esas comunidades autónomas elaborarán un informe que anteriormente contenía una valoración de este órgano sobre la suficiencia de los medios materiales y humanos, y sobre la procedencia de la acreditación; en la actualidad, se ha eliminado cualquier posible elemento valorativo de manera que el informe que puedan hacer las comunidades autónomas sólo podrá versar sobre la existencia de esos medios. También se prescinde de toda referencia a los distintos ámbitos de actividades en la resolución estimatoria de la acreditación. En definitiva, se busca que no haya más trabas administrativas de las estrictamente necesarias para la consecución del fin perseguido, y que en este caso sería la demostración de que los SPA son adecuados para prestar el servicio que ofrecen teniendo los suficientes medios para su consecución.

El art. 26 RSP y el art. 3.2. de la Orden TIN/2504/2010, de 20 de septiembre contienen previsiones acerca del mantenimiento de los requisitos de funcionamiento del SPA. En este sentido, la solicitud ante la Autoridad Laboral del lugar donde se encuentren las instalaciones principales no condiciona de forma permanente el mantenimiento de la acreditación. El art. 26.2 RSP regula la posibilidad de que las autoridades laboral y sanitaria verifiquen, en el ámbito de sus competencias, el cumplimiento de los requisitos exigibles, dándoles la posibilidad de que comuniquen a la autoridad laboral que concedió la acreditación las posibles deficiencias detectadas. De esta manera, las autoridades de cada comunidad autónoma sí que mantienen la posibilidad de controlar el cumplimiento de los requisitos, aunque no podrá tomar ninguna decisión ejecutiva. En el ámbito de la actividad sanitaria de los servicios de prevención se establece de manera concreta las competencias de control y seguimiento de la calidad de las actuaciones en el art. 11 RD 843/2011, de 17 de junio, que regula específicamente la forma en que procede el control para el mantenimiento de las condiciones en las que se acreditó a la entidad y en el que se establece la competencia del control y

mantenimiento a las autoridades sanitarias de las comunidades autónomas donde se encuentren las instalaciones que desarrollen tal actividad²⁷².

No obstante, las autoridades autonómicas tendrán el control de la calidad aunque será la autoridad laboral que concedió la acreditación quien en última instancia podrá revocar o suspender la misma²⁷³. Además, el art. 4 de la Orden TIN/2504/2010, de 20 de septiembre cuando hace alusión a los requisitos que deberán mantenerse o comunicarse en caso de modificación, remite expresamente a la autoridad laboral que concedió la acreditación. Sobre la revocación de la acreditación es importante destacar que se ha eliminado la posibilidad de hacer revocaciones o suspensiones parciales en los ámbitos territoriales donde existieran deficiencias precisamente por esa eliminación de cualquier referencia al territorio. Por esta razón, la suspensión o revocación de la acreditación por incumplir con los requisitos de mantenimiento será completa.

²⁷² La regulación contenida en el art. 11 del RD 843/2011 ha quedado detallada con la modificación introducida por el RD 901/2015, de 9 de octubre, por el que se modifica el RD 843/2011, con distintas finalidades: En primer lugar, para clarificar que la cuantificación de los trabajadores debe contemplarse de forma global, sin que el ámbito territorial, entendido en el sentido de división geográfica administrativa, pueda ser el criterio decisivo en la materia y que hasta dos mil trabajadores será necesaria una Unidad Básica Sanitaria (UBS) para el servicio de prevención, con independencia de cómo organice y ejecute su actividad, sin que resulte exigible una UBS en cada demarcación geográfica, ya sea comunidad autónoma o provincias, en las que el servicio de prevención desarrolle la actividad sanitaria, ni pueda exigirse por parte de las autoridades competentes más de una UBS para atender a dos mil trabajadores. En segundo lugar, para aclarar que teniendo, además, en cuenta que estando ya acreditados para todo el territorio tras la acreditación inicial, si una entidad especializada no va a disponer de instalaciones sanitarias en el ámbito de una determinada comunidad autónoma, no procede solicitar autorización a la autoridad sanitaria de la misma. La normativa permite a las autoridades sanitarias autorizar condiciones de instalación y comprobar si cumplen los requisitos establecidos para la adecuada realización de sus funciones, pero no decidir si una entidad especializada tiene que disponer de instalaciones sanitarias en un determinado ámbito territorial. Por tanto serán los servicios de prevención ajenos los que deciden dónde instalar recursos, sin que se les pueda exigir tener recursos en las cuatro especialidades para poder actuar en una comunidad autónoma concreta, y ello sin perjuicio del cumplimiento de las ratios exigidas por la norma. Y en tercer lugar, para que definitivamente quede entendido que, de acuerdo con el artículo 2.2 del citado Real Decreto 843/2011, de 17 de junio, los servicios de prevención únicamente deberán obtener las pertinentes autorizaciones de las autoridades sanitarias competentes en las comunidades autónomas para sus instalaciones sanitarias en la medida que el ámbito territorial de la autorización sanitaria es autonómico, no nacional, como se establece en el artículo 3 del Real Decreto 1277/2003, de 10 de octubre, de bases generales sobre autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios.

²⁷³ Salvo que la revocación de la acreditación se realice como consecuencia de la imposición de una sanción por infracción grave o muy grave de acuerdo con el art. 40.2 LPRL y del RD Legislativo 5/2000, de 4 de agosto de infracciones y sanciones. En este caso, el procedimiento de revocación se iniciará en virtud de la resolución administrativa firme que aprecie la existencia de tal infracción.

D) El silencio administrativo en la acreditación de los SPA

El silencio administrativo es junto a la preceptiva autorización administrativa para el funcionamiento de los SPA una de las cuestiones que más relevancia tiene, tanto por el propio trasfondo de la regulación específica en prevención, como por el hecho de que ha sido modificado también con objeto de la incorporación de la Directiva de Servicios. Conviene en primer lugar, determinar cómo opera el silencio administrativo de manera general, para después ver cómo lo hace en el ámbito de la organización externa de la prevención. El régimen del silencio administrativo sido modificado como consecuencia del derecho comunitario que tiene un enfoque de intervención suave de la administración a posteriori. Esta clara posición ha dado lugar a reformas sobre el silencio administrativo en la línea de aceptar que el paso de un determinado plazo, sin que haya respuesta de la administración da lugar a la aceptación de la solicitud, esto es, silencio administrativo positivo²⁷⁴.

La regulación actual del silencio se introduce, primero, a través de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, que establece la obligación de garantizar la aplicación general del silencio positivo, y que los supuesto de silencio negativo se configuren como excepciones previstas en normas con rango de ley y justificadas por razones de interés general (art. 6 de la Ley 17/2009)²⁷⁵. Segundo, a través de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre que le da nueva redacción al art. 43 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre²⁷⁶, donde también se establece el silencio positivo como regla general que sólo se excepciona para casos establecidos en normas con rango de ley que se justifican por razones de interés general, para lo que habrá que estar al art. 3.11 de la Ley 17/2009. Además, la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 25/2009 entiende sin excepciones la existencia de interés general en aquellos procedimientos regulados con anterioridad por una norma con rango de Ley que preveía un silencio negativo, de

²⁷⁴ Sobre la evolución y el sentido actual del silencio en el derecho administrativo PEREJO ALFONSO, L., “El silencio administrativo, especialmente en el sentido estimatorio, como aporía. Apuntes de una posible vía de superación”, en PAREJO ALFONSO, L. (dir), *El silencio en la actividad de la administración pública*, Valencia, Tirant lo Blanch, Tratados, 2011, pp. 11-31.

²⁷⁵ A modo de recordatorio, el art. 3.11 de la Ley 17/2009 define la razón imperiosa de interés general como aquella *razón definida e interpretada la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, limitadas las siguientes: el orden público, la seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la preservación del equilibrio financiero del régimen de seguridad social, la protección de los derechos, la seguridad y la salud de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la sanidad animal, la propiedad intelectual e industrial, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional y los objetivos de la política social y cultural.*

²⁷⁶ Que se regula en el art. 24 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que entrará en vigor en octubre de 2016.

manera que los supuestos regulados con anterioridad a la entrada en vigor de esa Ley, se mantienen sin alteraciones²⁷⁷.

Visto como opera el silencio administrativo de manera general²⁷⁸, ahora hay que ver cómo lo hace en relación con los procedimientos de solicitud de autorización de los SPA e incluso de las entidades auditoras. El art. 31.6 LPRL establece la regla del silencio administrativo negativo, de modo que la solicitud se entenderá desestimada transcurrido el plazo máximo del procedimiento de acreditación sin que haya recaído resolución expresa²⁷⁹. Una regulación diferente a la anterior que preveía que, cuando no hubiera resolución expresa respecto a la acreditación definitiva, se ratificaba la acreditación provisional; siendo por tanto, positivo el silencio cuando se existía una acreditación provisional del SPA. Por ello, se distinguían dos situaciones con aplicación diferente del silencio administrativo. Si no había autorización provisional, el silencio era negativo; pero cuando había una autorización provisional, esta se convertía en definitiva por silencio positivo, de forma que, en realidad las autorizaciones provisionales al final eran definitivas por esta vía, pudiendo existir inactividad de la administración en la comprobación de los requisitos completos. Sin embargo, ahora, si no recae resolución transcurridos tres meses desde la fecha de solicitud (o seis meses en supuestos específicos como sucede cuando las autoridades laboral y sanitaria soliciten informe preceptivo a todas las CCAA en las que el SPA haya indicado que pretende desarrollar su actividad), ésta se entiende desestimada por silencio administrativo negativo²⁸⁰. Se trata de una modificación expresamente recogida en la Ley 25/2009, de 22 de diciembre que aprovecha lo regulado respecto al procedimiento administrativo general, entendiendo que los aspectos relacionados con la prevención de riesgos de los trabajadores se incluyen dentro de la excepción de la

²⁷⁷ Para ejemplo, la Disp. Adic. 25 de la LGSS (que corresponde al art. 129.3 RD 8/2015, de 30 de octubre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social) que entiende desestimados por silencio los procedimientos iniciados a solicitud de los interesados MERCADER UGUINA, J. R., “El silencio administrativo en el procedimiento de Seguridad Social”, en PAREJO ALFONSO, L. (Dir.), *El silencio en la actividad de la administración pública*, op. Cit., pp. 77-79

²⁷⁸ Pese a que se ha establecido el silencio administrativo positivo como la regla general en consonancia con el derecho comunitario, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo tiende a recortar el ámbito del silencio positivo en determinados casos de actualidad: STS de 14 de octubre de 2013 (R°. 2007/2012, sala de lo Contencioso-Administrativo), en la que se excluye del silencio positivo a cualquier petición que no tenga encaje en un procedimiento predeterminado o regado con el objetivo de evitar que la regla general del silencio sirva para poner en marcha peticiones descabelladas; STS de 28 de octubre de 2014 (R°. 4766/2011, sala de lo Contencioso-Administrativo), en la que no se admite el silencio positivo cuando existen terceros que tienen derecho de audiencia.

²⁷⁹ En consonancia con el art. 43 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificado por el artículo 2 de la Ley 25/2009.

²⁸⁰ Contra la resolución expresa o presunta de la Autoridad Laboral (que es la que finalmente tiene que conceder o no la acreditación completa de la entidad) puede interponerse recurso de alzada en el plazo de un mes ante el órgano superior jerárquico correspondiente.

regla del silencio impuesta, por cuanto se trata de una regulación que afecta al interés general, esto es a la salud de los trabajadores.

E) La unicidad y la validez de la acreditación: en especial los problemas de la autorización sanitaria.

Mucho más problemático es el hecho de que la acreditación, y por tanto, la autorización sanitaria, sea única y con validez para todo el territorio nacional, teniendo en cuenta que las comunidades autónomas han podido regular ciertos aspectos o requisitos para la acreditación de los SPA en sus respectivos territorios. Una cuestión, que además, es particularmente compleja respecto de la autorización sanitaria, preceptiva actualmente para poder acreditar a un SPA. Como se viene diciendo, y como se indicó el primer capítulo de este trabajo, las últimas regulaciones, tanto a nivel europeo como nacional, tienen como objetivo asegurar la libre circulación de bienes y servicios por todo el territorio nacional teniendo en cuenta el principio de licencia única y legislación de origen, de forma que cualquier producto o servicio producido al amparo de cualquier normativa autonómica pueda ser ofertado en todo el territorio nacional sin necesidad de trámites adicionales. Esta es la razón que ha llevado a la Ley 25/2009 a modificar la LPRL en relación con el trámite de acreditación de los servicios de prevención entendiendo que las acreditaciones que no se concedían con validez en todo el territorio del Estado entorpecían el ejercicio de actividades de los distintos servicios y constituían una carga adicional para sus prestadores. Posteriormente, la Ley 20/2013, de 9 de diciembre de garantía de la unidad de mercado, teniendo presente la experiencia derivada de la aplicación de servicios y la profusa jurisprudencia del TJUE²⁸¹ sobre los principios de necesidad, proporcionalidad, eficacia nacional y no discriminación en los relativo a los medios de intervención administrativa, tiene por objeto establecer las disposiciones necesarias para hacer efectivo el principio de unidad de mercado en el territorio nacional aplicándose, además, a sectores que están excluidos de la Directiva. Y esta es, precisamente la razón que ha ocupado a las últimas modificaciones normativas.

Una de las cuestiones que conviene aclarar previamente, es la referida al ámbito competencial en el que se encuentra inserta la regulación sobre la acreditación y la autorización sanitaria de los SPA²⁸². Desde la perspectiva competencial, la materia

²⁸¹ STJUE de 20 de febrero de 2001 (Asunto C-205/99) en el que afirma que un régimen de autorización administrativa previa esta justificado y debe basarse en criterios objetivos no discriminatorios y conocidos de antemano por las empresas interesadas de forma que queden establecidos los límites del ejercicio de la facultad de apreciación de las autoridades nacionales. STJUE de 22 de enero de 2002 (Asunto C-390/99); STJUE de 31 de enero de 2008 (Asunto C-380/05).

²⁸² Sobre las competencias de las comunidades autónomas en materia de la prevención de riesgos laborales de manera general, ver MUÑOZ RUIZ, A.B., *El sistema normativo de PRL*, Valladolid, Lex

relativa a la actividad sanitaria de los servicios de prevención se comprende en dos títulos competencias distintos, por un lado en el art. 149.1 7º, y por otro en el art. 149.1.16ª de la CE. La Disposición Adicional Final Primera del RD 843/2011, de 17 de junio así lo declara expresamente, si bien, más allá de esto no se precisa qué parte del RD corresponde a la competencia del Estado en materia de legislación laboral (149.1 7º CE), y qué parte a las comunidades autónomas sobre la materia de sanidad. Ello puede provocar conflictos en la delimitación de los concretos aspectos sanitarios cuyo desarrollo compete a las comunidades autónomas²⁸³. Sin dejar de reconocer las facultades normativas de las comunidades autónomas en lo relativo a la sanidad, debe señalarse que las cuestiones relativas a la seguridad y salud laboral, ligadas a las actividades de los servicios de prevención se encuentran estrechamente relacionadas conectadas con la materia laboral, por lo que la normativa reguladora de la acreditación debe ser considerada legislación laboral aunque la autorización sanitaria dependa de la normativa autonómica por lo que se refiere a la autorización de centros y establecimientos sanitarios.

La Ley 16/2003, de 28 de mayo de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud en su artículo 27.3, establece que mediante real decreto se determinarán, con carácter básico, las garantías mínimas de seguridad y calidad que, acordadas en el seno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, deberán ser exigidas para la regulación y autorización por parte de las comunidades autónomas de la apertura y puesta en funcionamiento en su respectivo ámbito territorial de los centros, servicios y establecimientos sanitarios. Por su parte, el RD 1277/2003, de 10 de octubre, por el que se establecen las bases generales sobre autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios, recoge unos requisitos mínimos comunes, y se configura como una norma básica en este ámbito²⁸⁴. Ahora bien, puesto que las autorizaciones sanitarias se otorgan por las comunidades autónomas para los centros y establecimientos ubicados en su ámbito territorial (art. 3.1 RD 1277/2003), cada CCAA ha procedido a regular los procedimientos, los trámites y la documentación a aportar para obtener dichas autorizaciones; lo que ha provocado, tras las últimas modificaciones normativas, que a continuación se analizarán, se planteen conflictos

Nova, 2009, pp.218-254; y MONEREO PEREZ, J.L. y DIAZ AZNARTE, Mª T., “Distribución de competencias legislativas y ejecutivas en el Estado social Autonomico en materia de prevención de riesgos laborales”, en MONEREO PEREZ, J.L. y RIVAS VALLEJO, Mª P. (Dirs.), *Tratado de Salud Laboral, Aspectos Jurídicos de la Prevención de Riesgos Laborales*, Tomo I, Navarra, Aranzadi, 2012, pp. 137-145.

²⁸³ Así queda claro en la STC 98/2004, de 25 de mayo de 2004 que analiza el art. 149.1 16ª CE llegando a la conclusión de que la materia sanitaria es competencia de las Comunidades Autónomas y que es importante destacar el concepto de “bases y coordinación general de sanidad” del precepto, sobre lo que debe entenderse que el constituyente se refería con ello a los principios normativos general que informan y ordenan una determinada materia, por lo que solo debe tratarse de una regulación de los esencial evitando dejar sin contenido las competencias autonómicas.

²⁸⁴ El TC recogió expresamente que la autorización de centros sanitarios es una actividad de ejecución que compete a las comunidades autónomas: STC 80/1984, de 20 de julio.

sobre la aplicación de normas concretas de las comunidades autónomas que regulan requisitos y condiciones particulares que complican la obtención de la autorización y, por ende, la acreditación de un SPA.

La Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo, en su sesión de 28 de febrero de 1998, estableció que las distintas comunidades autónomas debían publicar en sus Diarios Oficiales los criterios sanitarios y técnicos en virtud de lo dispuesto en la Disposición Adicional 8ª del RSP²⁸⁵, provocando que las comunidades autónomas incorporaran poco a poco a su normativa el *Acuerdo de Criterios Básicos sobre la organización de recursos para la actividad sanitaria de los servicios de prevención*²⁸⁶, a través de Decretos y Órdenes. Así pues, hasta los momentos más actuales, las autorizaciones sanitarias de las comunidades autónomas se ceñían a su propia normativa, y aquellas comunidades que no habían incorporado el Acuerdo de Criterios Básicos como norma, igualmente lo tenían en cuenta aplicándolo mediante resoluciones que también se han venido publicando en sus respectivos Diarios Oficiales²⁸⁷.

Con la aprobación del RD 337/2010, que modifica algunos preceptos del RSP y sobre todo, con la entrada en vigor del RD 843/2011, de 17 de junio, el Acuerdo de Criterios básicos al que se hizo referencia anteriormente, se incorpora como norma estatal. Ello va a implicar que todos los decretos u órdenes que se habían aprobado con anterioridad en las comunidades autónomas, ya no pueden ser aplicados, o al menos, no pueden ser aplicados en todo aquello en que contravengan a la norma estatal. De forma que, para la autorización sanitaria, y por tanto, la propia acreditación del SPA, las autoridades han de atenerse a esta nueva norma y no a aquéllas por las que antes se regulaban. Así pues, la autonomía de las comunidades autónomas se ve fuertemente

²⁸⁵ *La Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo conocerá los criterios adoptados por las Administraciones laboral y sanitaria en relación con la acreditación de las entidades especializadas para poder actuar como servicios de prevención y con la autorización de las personas físicas o jurídicas que quieran desarrollar la actividad de auditoría, con el fin de poder informar y formular propuestas dirigidas a una adecuada coordinación entre las Administraciones.*

²⁸⁶ El Primer Acuerdo es aprobado en 1997, y posteriormente se produce una primera actualización aprobada por la Comisión de Salud Pública el 17 de febrero de 2000, y fue informada favorablemente por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud en abril de 2000; y una segunda actualización consensuada en 2007, y que constituye su 3ª edición, en línea <http://www.msssi.gob.es/ciudadanos/saludAmbLaboral/saludLaboral/serviciosPrevencion.htm>

²⁸⁷ Orden de 10 de septiembre de 1999 de Galicia, aplicada por Orden de 16 de julio de 2001; Decreto 221/2001, de 27 de diciembre, de Extremadura; Orden SAN/1283/2006, de 28 de julio, de Castilla y León; Resolución de 3 de noviembre de 1999, de Canarias; Decreto 308/2003, de 2 de diciembre, de Castilla la Mancha; Decreto 306/1999, de 27 de julio, aplicado por Resolución de 28 de abril de 2009, del País Vasco; Orden de 28 de febrero de 1998, de la Comunidad Valenciana; Acuerdo de 27 de marzo de 1998, de Navarra; Resolución de 24 de abril de 2003, de Murcia; Resoluciones de 18 de marzo de 1998 y de 4 de octubre de 2002, de Islas Baleares; Resolución de 24 de abril de 2003, de Murcia.

limitada por la normativa estatal que a su vez es consecuencia de la búsqueda de criterios unificados para garantizar la existencia de un mercado único.

Los problemas en relación con la división de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas, y la aplicación de la nueva regulación de la acreditación del SPA, no han tardado en aparecer, tal y como ya había advertido el Consejo de Estado. En su Dictamen número 140/2010, de 25 de febrero de 2010²⁸⁸, que examina el expediente relativo al Proyecto de Real Decreto por el que se modifica el RSP (que luego vio la luz con como RD 337/2010), analiza el problema de la unicidad y la validez de la acreditación, teniendo en cuenta lo que establece la Directiva 2006/123/CE, y lo que recoge la Ley 17/2009 que la incorpora al ordenamiento español. A juicio del Consejo de Estado, el artículo 31.5 de la LPRL, al disponer que la acreditación será única y con validez en todo el territorio español, adopta una decisión (frente a otras que también podrían haber estado justificadas) mediante la cual impide que la eficacia de la acreditación quede limitada al territorio de una sola comunidad autónoma. Por tanto, a juicio del Consejo de Estado no debe supeditarse la acreditación, y por tanto, la autorización sanitaria, a que se disponga de determinadas instalaciones y medios en cada una de las CCAA en las que desarrollen su actividad los SPA. Así pues, el art. 24 RSP establece que la acreditación otorgada será única y tendrá validez en todo el territorio español, siguiendo lo que ya había incorporado el art. 31.5 LPRL por medio de la Ley 25/2009, de 22 de noviembre. Cuestión que implica, no sólo la existencia de una acreditación, sino la habilitación para que los SPA puedan ejercer la actividad en todo el territorio nacional. Por tanto, no es una cuestión sólo de validez de la acreditación sino de eficacia de la misma para llevar a cabo la actividad preventiva, ya que, obtener una acreditación nacional con las que después no se pudiera ejercer la actividad no tendría ningún sentido.

Sin embargo, y pese a la aparente claridad de la norma, como se ha dicho, recientemente, han surgido problemas en relación con la normativa de determinadas comunidades autónomas. Ejemplo de ello es la Instrucción de 5 de junio de 2013, de las Consejerías de Sanidad y Economía y Empleo de Castilla y León. Esta norma establece que un SPA deberá disponer de una Unidad Básica Sanitaria (UBS) como mínimo, en el territorio de la comunidad autónoma de Castilla y León para obtener la autorización en la especialidad de medicina del trabajo (y, por tanto, para acreditarse como SPA). Por tanto, un SPA acreditado en otra comunidad autónoma no podrá llevar a cabo su actividad en Castilla y León sino dispone de una UBS en el concreto territorio. La entrada en vigor de la citada Instrucción ha llevado a que determinadas asociaciones de servicios de prevención ajenos y en concreto la Federación de Servicios de prevención Ajenos (ASPA) y la Asociación Nacional de Entidades

²⁸⁸ Dictamen 404/2010, emitido por el Consejo de Estado en Madrid a 25 de febrero de 2010, en línea: <http://www.aspaprevencion.com/archivos/Dictamen%20Consejo%20Estado%20pdf..pdf>

Preventivas Acreditadas (ANEPAs) planteen ciertas aclaraciones a la Dirección General de Empleo, y una reclamación ante la Comisión Nacional de Mercados de la Competencia y el Ministerio de Empleo y Seguridad Social que han procedido a elaborar informes al respecto con una solución prácticamente unitaria; informes junto a los cuales es necesario tener en cuenta también el que ha emitido el Ministerio de Economía y Competitividad, y finalmente el Proyecto de Real Decreto por el que se modifica el RD 843/2011, de 17 de junio²⁸⁹.

La cuestión que se plantea queda referida al hecho de si la Autoridad Laboral y Sanitaria de Castilla y León se han excedido de sus atribuciones competenciales al dictar la Instrucción de 5 de junio de 2013, sobre condiciones de acreditación y funcionamiento de los Servicios de Prevención Ajenos, cuyo contenido excede de lo dispuesto en el RD 843/2011, de 17 de junio, en relación con la LPRL, con el RSP y con la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado. A este respecto, la Dirección General de Empleo, en fecha de 5 de julio de 2013²⁹⁰ y tomando como referencia el Dictamen antes citado del Consejo de Estado, elabora un Informe sobre Servicios de Prevención Ajenos y la especialidad de Medicina del Trabajo, y viene a establecer que no se puede limitar la acreditación territorialmente a una o varias CCAA y/o exigir presencia de recursos humanos y materiales en todas y en cada una de ellas, por criterios basados únicamente en la división territorial y administrativa del Estado. Por ello, la Dirección General de Empleo considera que la cuantificación de los trabajadores (circunstancia crucial a la hora de atribuir la competencia acreditante o autorizadora) debe contemplarse de forma global, sin que el ámbito territorial concreto pueda ser decisivo.

Como ya se ha mencionado, según el RD 843/2011, de 17 de junio, hasta dos mil trabajadores será necesaria una única UBS, con independencia de cómo organice y ejecute su actividad, sin que resulte exigible una UBS en cada demarcación geográfica en las que el servicio de prevención desarrolle su actividad sanitaria de prevención. A este efecto, el Informe de la Dirección General de Empleo considera que la cuantificación de los medios humanos y materiales del servicio sanitario del servicio de prevención debe responder a parámetros objetivos que vienen determinados por la carga de trabajo real que este servicio de prevención asume; aspecto este que no guarda relación, en principio, con delimitaciones ni demarcaciones geográficas concretas sino con la propia capacidad de actuación del servicio sanitario del SPA. Por tanto, no se pueden establecer criterios específicos de las Comunidades autónomas para llevar a cabo la actividad preventiva, en este caso sanitaria, en un concreto ámbito territorial.

²⁸⁹ Proyecto publicado por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad el 28 de enero de 2015.

²⁹⁰ http://www.anepa.net/component/docman/doc_download/66-2013-06-26-informe-dg-empleo-sobre-spa-especialidad-medicina-del-trabajo.html?Itemid=.

Pese a las indicaciones del Informe de la Dirección General de Empleo, la Autoridad Sanitaria de la Comunidad Autónoma de Castilla y León ha seguido aplicando el criterio contenido en la Instrucción de 5 de julio de 2013 no emitiendo las autorizaciones de centros sanitarios de SPA para la especialidad de medicina del trabajo sin el requisito de contar con una UBS en el territorio de la comunidad autónoma. Por su parte, la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado que da lugar a un Informe por parte de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de 26 de mayo de 2014 y publicado el 16 de junio de 2014²⁹¹, también hace un análisis sobre la garantía de unidad de mercado y los requisitos exigidos por Castilla y León para la actuación de los servicios de prevención ajenos. El Informe insiste en que la acreditación de un SPA tiene validez en todo el territorio del Estado, otorgándose la misma por la Autoridad Laboral, previa aprobación de la Autoridad Sanitaria. El problema fundamental radica en el texto de la propia norma. Así, mientras que la acreditación de un SPA tiene validez en todo el territorio nacional (art. 31.5 LPRL y 24 RSP), el propio RSP establece que los SPA deben disponer de las instalaciones necesarias en el ámbito territorial en que desarrollen su actividad, sobre las cuales debe recaer autorización sanitaria previa. Y bien es cierto, que según el art. 20 de la Ley General de Unidad de Mercado establece la validez de la acreditación y autorización para todo el territorio del Estado, también es cierto, que esa validez no se extiende a las infraestructuras e instalaciones, que el propio precepto las excluye expresamente. Así pues, la consecuencia es que el ámbito de eficacia de la acreditación, y autorización, puede quedar limitado a los medios de que se disponga, pero no a barreras administrativas (art. 19 y 20 de la Ley General de Unidad de Mercado).

Es por ello, que la acreditación general y autorización sanitaria, deben atender a criterios objetivos sobre la posibilidad real de prestar los servicios de manera suficiente y adecuada. En el procedimiento se debe recabar informe de las autoridades, tanto laborales como sanitarias, de las comunidades autónomas en las que van a llevar a cabo su actividad preventiva, de forma que al conceder la acreditación, la Autoridad Laboral acreditadora debe tener en cuenta la suficiencia de medios materiales y personales, su ubicación y el ámbito de actuación, en atención al ámbito territorial en que se pretenda actuar el SPA y el número de los trabajadores a los que se intenta dar servicio. En consecuencia, no debe permitirse la acreditación (y por tanto, tampoco la autorización sanitaria) de entidades que no estén en condiciones objetivas de prestar el servicio.

²⁹¹ <http://www.cnmc.es/eses/cnmc/ficha.aspx?num=UM/012/14&ambito=Impugnaciones%20y%20Unidad%20de%20Mercado&p=1>

Otro ejemplo que puede traer a colación sobre la posible extralimitación de las CCAA en la regulación autonómica para la aplicación del RD 843/2011 es el caso de Andalucía; en concreto, se trata del borrador de Decreto por el que se establecen normas en materia de autorización sanitaria de los servicios sanitarios de los servicios de prevención de riesgos laborales y de coordinación de actuaciones en el ámbito de la salud laboral. En este caso se admite la existencia de una UBS hasta 2.000 trabajadores, pero se limita su actuación, estableciendo que el ámbito territorial se debe extender sólo a los centros de trabajo de las empresas concertadas situadas a una distancia no superior a 165 Km del centro sanitario, entendiendo que sólo aquí es donde la UBS puede realizar sus actividades sanitarias. En este caso, la autoridad sanitaria de Andalucía no va a permitir que los SPA realicen su actividad preventiva de vigilancia de la salud a empresas clientes a través de sus UBS que tengan más allá de 165 km. En este caso, el problema radica en determinar si esta limitación geográfica contraviene la regulación contenida en la LPRL y en el RD 843/2011, así como la interpretación que se ha hecho sobre la unicidad y la validez de la acreditación en todo el territorio español. En este caso no se limita la obtención de la autorización (que si se podrá obtener si se cumplen los requisitos de número de trabajadores preventivos y UBS, así como los requisitos materiales), por lo que no se contraviene lo dispuesto en la norma estatal. Lo único que se limita en el borrador de la norma autonómica andaluza, es el ámbito territorial de actuación del servicio sanitario en función de la distancia a la que se encuentran los trabajadores de la UBS.

En este sentido, es interesante traer a colación de nuevo lo que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ha establecido al respecto. Lo realmente importante es establece criterios objetivos sobre la posibilidad material de prestar adecuadamente el servicio. Por ello, el informe recoge que la Autoridad Laboral que concede la acreditación controle la suficiencia de los medios humanos en función del ámbito territorial en el que se pretenda actuar. Atendiendo a esta interpretación, que está en la línea de lo que la Dirección General de Empleo y el Consejo de Estado han entendido, hay que plantearse si en este caso, la futura norma autonómica contradice a la norma estatal en cuanto a la unicidad y validez para actuar en todo el territorio nacional. Tomando como referencia los criterios de la Comisión Nacional, el Consejo de Estado Social de Andalucía emite el Dictamen 2/2015, de 6 de marzo de 2015 que establece varias cuestiones a tener presente para todos los casos, ya que hace una valoración global de las distintas normas que regulan la cuestión y sus finalidades. El fundamento de las modificaciones normativas operadas en este ámbito, es el establecer una única acreditación con validez de en cualquier circunscripción territorial. Esta acreditación única está ligada a la previa comprobación de la actividad sanitaria en cuanto a los aspectos de carácter sanitario. En este sentido, la comprobación de estos requisitos compete a las comunidades autónomas en el marco del RD 1277/2003, de 10 de octubre, pero para el supuesto de los SPA no pueden exigirse trámites procedimentales o requisitos adicionales.

El establecimiento de requisitos diferentes por las comunidades autónomas no se conjuga bien con el principio de unidad de mercado establecido en el art. 19 y 20 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre²⁹². La coordinación y articulación normativa de las competencias autonómicas en cuestiones sanitarias con las prescripciones de la norma laboral estatal y los objetivos de la unidad de mercado no resulta tarea sencilla²⁹³. Pero las más actuales modificaciones van encaminadas precisamente a la consecuencia de este fin.

Tras la situación planteada, lo cierto es que los Ministerios de Empleo y Seguridad Social y de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, con el objetivo de evitar desarrollos normativos contrarios a las disposiciones de la Ley General de Unidad de Mercado, se propusieron acometer una modificación normativa precisa para clarificar los requisitos y exigencias en relación con la autorización de la actividad sanitaria de los servicios de prevención. Así pues, se han aprobado varias reformas que, como se ha visto, afectan al RSP, al RD 843/2011, de 17 de junio, y a la Orden TIN/2504/2010, de 20 de septiembre, con el objeto de clarificar que el ámbito territorial, en el sentido de división geográfica administrativa, no pueda ser un criterio decisivo, ni para otorgar la acreditación, ni para revocarla. En conclusión, la cuantificación de los trabajadores debe contemplarse de forma global, sin que el ámbito territorial pueda ser una cuestión limitativa. Así pues, hasta dos mil trabajadores será necesaria una UBS para el servicio de prevención, con independencia de cómo organice y ejecute su actividad, sin que resulte exigible una UBS en cada demarcación geográfica, ya sea esta una comunidad

²⁹² Art. 19.1 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre de garantía de unidad de mercado: “Desde el momento en que un operador económico esté legalmente establecido en un lugar del territorio español podrá ejercer su actividad económica en todo el territorio, mediante establecimiento físico o sin él, siempre que cumpla los requisitos de acceso a la actividad del lugar de origen, incluso cuando la actividad económica no esté sometida a requisitos en dicho lugar”. El art. 20.1 a) de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre establece que: “Tendrán plena eficacia en todo el territorio nacional, sin necesidad de que el operador económico realice ningún trámite adicional o cumpla nuevos requisitos, todos los medios de intervención de las autoridades competentes que permitan el acceso a una actividad económica o su ejercicio, o acrediten el cumplimiento de ciertas calidades, cualificaciones o circunstancias. En particular, tendrán plena eficacia en todo el territorio nacional sin que pueda exigirse al operador económico el cumplimiento de nuevos requisitos u otros trámites adicionales: a) Las autorizaciones, licencias, habilitaciones y cualificaciones profesionales obtenidas de una autoridad competente para el acceso o el ejercicio de una actividad, para la producción o la puesta en el mercado de un bien, producto o servicio”; y por otra parte el art. 20.2 del mismo cuerpo legal establece: “Los reconocimientos o acreditaciones, calificaciones o certificaciones de una autoridad competente o de un organismo dependiente, reconocido o habilitado por ella, serán plenamente válidos a todos los efectos en todo el territorio nacional, sin que pueda exigirse la realización de ningún trámite adicional o el cumplimiento de nuevos requisitos”. Un comentario en profundidad sobre el contenido de esta ley puede verse en TORNOS MAS, J., *La Ley 20/2013, de 9 de diciembre de garantía de la unidad de mercado. En particular, el Principio de Eficacia*, REAF, núm. 19, 2014, pp. 144-177.

²⁹³ Así se establece también en el Dictamen 2/2015, de 6 de marzo de 2015 del Consejo Social de Andalucía, en línea: http://www.juntadeandalucia.es/consejoeconomicoysocial/adjuntos/publicaciones/1_2228_Dictamen_2_2015.pdf

autónoma, ya sean provincias, en la que el servicio de prevención desarrolle la actividad sanitaria, ni pueda exigirse por parte de las autoridades competentes más de una UBS para atender a dos mil trabajadores. Todo ello, teniendo, además, en cuenta que estando ya acreditada para todo el territorio, tras la acreditación inicial, si una entidad especializada no va a disponer de instalaciones sanitarias en el ámbito de una determinada comunidad autónoma, no procede solicitar autorización a su autoridad sanitaria. La normativa permite que las autoridades sanitarias autoricen condiciones de instalación y comprueben si cumplen los requisitos establecidos para la adecuada realización de sus funciones, pero no que decidan si una entidad especializada tiene que disponer de instalaciones sanitarias en un determinado ámbito territorial. En estos supuestos son los SPA los que deciden dónde instalar recursos, sin que se les pueda exigir tener recursos en cada especialidad para poder actuar en una comunidad autónoma concreta, y ello sin perjuicio del cumplimiento de las ratios exigidas por la norma²⁹⁴.

2.2.2. Cobertura de la responsabilidad civil del SPA

El RD 337/2010 viene a completar, en relación con los SPA, la regulación de contenida en el RSP; en concreto en lo que se refiere al último de los requisitos necesarios para poder ejercer la actividad de prevención como SPA, y por tanto, para acreditarse como tal. Se trata de la obligación de los SPA de tener una garantizada la cobertura de la responsabilidad civil por negligencia profesional a través de una póliza de seguro o de una garantía financiera. Durante muchos años, con la aparición de los SPA y el nacimiento de esta obligación, ésta ha sido una cuestión controvertida por cuanto la regulación no era demasiado clarificadora y los criterios sobre lo que incluir y no incluir en las pólizas era dispar entre unas autoridades laborales y otras, incluyendo la mayoría de ellas franquicias o sublímites en la respuesta indemnizatoria ante un posible siniestro²⁹⁵.

El RSP establecía en su antiguo art. 23. d) el compromiso de los SPA de suscribir una póliza de seguro que cubriera la responsabilidad del mismo, por una cuantía mínima de 200 millones de pesetas (1.202.024,21 €) que debía actualizarse anualmente en función de la evolución del índice de precios al consumo (IPC), y sin que dicha cuantía constituyera un límite máximo para la responsabilidad que pudiera contraer el SPA²⁹⁶. Con el RD 337/2010 se actualiza la cuantía mínima y se da entrada a la

²⁹⁴ Así lo ha establecido también el reciente Dictamen 910/2015, de 24 de septiembre de 2015, del Consejo de Estado, sobre el proyecto de RD por el que se iba a modificar el RD 843/2011, de 17 de junio.

²⁹⁵ BELLON GARVI, M., *Situación Jurídica y Responsabilidad de los Servicios de Prevención Ajenos*, Revista de Gestión Práctica de Riesgos Laborales, núm. 21, 2005, pp. 36.

²⁹⁶ Por su parte, la Orden de 27 de junio de 1997, actualmente derogada, no hacía ninguna mención a esta garantía, lo que dejaba cierto margen de libertad a las partes, en este caso, a las compañías de

posibilidad de hacer el aseguramiento tanto a través de una póliza o mediante una garantía financiera equivalente²⁹⁷. Así queda recogido en el actual art. 23. f) RSP. Con la entrada en vigor de la actual Orden TIN/2504/2010 se avanza un poco más en la regulación de la póliza, introduciendo el legislador ciertos límites a la libertad contractual de las partes (SPA y entidad aseguradora) que ha considerado imprescindibles para hacer más efectiva la cobertura de la responsabilidad civil en sintonía con la finalidad de la garantía.

A este efecto, el art. 3.2, h) de la Orden TIN/2504/2010 establece, por un lado, que el compromiso de suscribir una póliza o garantía financiera equivalente debe incluir, cuando sea necesario, las actividades, especialmente peligrosas, del Anexo I del RSP. Por otro lado, la norma deja claro que debe tratarse de un seguro (o garantía equivalente) libre de franquicias o sublímites; de forma que no se permite ahora que se firme un acuerdo donde el SPA tenga que hacerse cargo de cantidades derivadas de responsabilidad, al menos en lo que la norma establece como mínimo (1.750.000 euros). Cuestión diferente será que la compañía aseguradora exija un aseguramiento mayor cuando se trate de un SPA que preste servicios a empresas que realizan actividades peligrosas, pudiendo por tanto ser la prima más elevada; de la misma forma que permite que algunas aseguradoras puedan establecer ciertas ventajas económicas para los SPA que realicen servicios para empresas pequeñas de poca complejidad y que tengan un volumen de facturación más o menos fijo. En este caso, se puede, por ejemplo, bajar la prima o eliminar las tasas de regularización, aunque aquí se está ante una cuestión que pertenece más a la esfera comercial estricta de las aseguradoras y no tanto a la de la prevención de riesgos laborales.

La garantía, que pretende ser una manera de aseguramiento de la eventual responsabilidad civil en la que puedan incurrir los SPA por el incumplimiento o por el deficiente cumplimiento de sus actividades preventivas, permite hacer frente con eficacia, al menos en parte, a la responsabilidad indemnizatoria, de naturaleza contractual, en virtud de la cual la empresa cliente podría demandar al SPA. En este sentido, hay que tener en cuenta, como se ha dicho ya, que la norma deja muy claro que esta cantidad mínima asegurada no es, en ningún caso, un límite a la responsabilidad en la que pudiera incurrir el SPA. Pero además, hay que tener presente que mediante los convenios colectivos²⁹⁸ los servicios de prevención y las sociedades

seguros y los SPA para que hiciesen contratos de seguro sólo sobre la base del mencionado art. 23. d) RSP

²⁹⁷ Así lo puso de manifiesto DÍAZ MOLINER, R., *Derecho de prevención de riesgos laborales*, op. cit., pp. 158: “*Más criticable es que se imponga una forma especial de aseguramiento descartando otras fórmulas de afianzamiento, singularmente el aval bancario, que puede ofrecer la misma seguridad y una mayor flexibilidad...*”.

²⁹⁸ Convenio Colectivo Nacional de Servicios de Prevención Ajenos (2008-2011), de 26 de agosto de 2008, y II Convenio colectivo de la Sociedad de Prevención de Fremap, de 7 de marzo de 2014, en cuyos arts. 57 y 56 se establece que: “*Las empresas asegurarán la responsabilidad civil derivada de la*

de prevención se han obligado a tener un seguro de responsabilidad profesional mediante el cual las empresas aseguran a sus técnicos de prevención y a los profesionales sanitarios cuando no se hubieran incluido en la póliza de seguros general.. Se trata, además, de un seguro que abarca más allá de la propia duración del contrato del profesional con el SPA ya que deberá cubrirle incluso cuando ya no pertenezca a la empresa y la actividad negligente se hubiera cometido cuando se encontraba al servicio de la misma. La realidad es que los seguros y garantías que los SPA contratan con las compañías aseguradoras suelen tener incluidos, o ampliarse, a los trabajadores técnicos y sanitarios de los SPA con el objetivo de cumplir las previsiones normativas derivadas del convenio.

2.2.3. Prohibición de vinculaciones comerciales, financieras o de cualquier otro tipo que puedan perjudicar la independencia

La legislación vigente en materia de prevención de riesgos no contempla favorablemente la existencia de vínculos entre aquellas entidades con distinta responsabilidad profesional en el campo de la prevención, estableciendo un modelo institucional basado en la separación de funciones y responsabilidades, y en la presunción de que la concentración funcional en entidades vinculadas afectaría a la independencia de cada una de ellas. Uno de los requisitos que debe cumplir un SPA (igual que ocurre con las empresas auditoras) es que no pueden mantener vinculaciones comerciales financieras o de otro tipo con las empresas con las que tienen conciertos. Esta prohibición queda establecida tanto en el RSP (arts. 17 y 32. 2), como en la Orden TIN/2504/2010, de 20 de septiembre²⁹⁹. Sin embargo, en ninguna de estas normas se ha definido el concepto de vinculaciones comerciales, financieras o de otro tipo prohibidas, por lo que no queda claro el alcance de la limitación normativa, pese a que se trata de uno de los incumplimientos más reiterados por parte de los SPA y de las empresas auditoras³⁰⁰.

actividad profesional de los trabajadores que desarrollen funciones de personal sanitario o personal técnico prevencionista mediante una póliza individual por un importe mínimo de cobertura de 25.000 €, siempre que dicha cobertura no se halle ya incluida en una póliza colectiva de la empresa, incluyendo en la misma la defensa jurídica. Este seguro cubrirá al trabajador por las indemnizaciones que pudieran derivar de sus actividades profesionales al servicio de la Empresa, aunque éste no pertenezca a la plantilla de la misma en el momento de reclamarse o declararse dicha responsabilidad”.

²⁹⁹ Se trata de una prohibición que ya existía con la aprobación del RSP y con la Orden de 27 de junio de 1997.

³⁰⁰ A lo que había que añadir la falta de organismos que puedan controlar esta situación. FERNANDEZ RAMIREZ, M., *Propuestas para la reforma del marco normativo sobre los servicios de prevención*, Aranzadi Social, número 4, 2012 (versión electrónica). También se puede observar tal apreciación en el Informe de la Federación de Servicios de Prevención ajenos (ASPA) al grupo de Trabajo para la “Elaboración de una estrategia en Seguridad y Salud”, 2006, p. 6; en línea: http://aspaprevencion.com/archivos/INFORME_ASPA.pdf

Hay que partir de la necesaria diferenciación de los vínculos entre empresas para poder comprender la existencia de la prohibición. Por un lado, el vínculo interno entre entidades con distinta responsabilidad profesional en el campo de la prevención, de lugar a vinculaciones expresamente prohibidas por las normas, que no generan duda alguna. Se trata de la prohibición de que los SPA puedan actuar como empresas auditoras y viceversa (art. 32.2 RSP). La interpretación de este precepto implica que las personas jurídicas o físicas que realizan una auditoría del sistema de prevención de una empresa, no pueden mantener con los SPA vinculaciones comerciales, financieras o de cualquier otro tipo. La finalidad de esta prohibición es preservar la independencia de quienes asuman la importante función de realizar una evaluación exterior del sistema de prevención de riesgos laborales pues, de esta manera, se garantiza una mayor objetividad en relación a la expresada función, asegurando la separación económica, financiera o comercial entre las distintas entidades operadoras en este ámbito³⁰¹.

Por otro lado, se encuentran los vínculos entre la entidad que realiza la actividad preventiva y otra empresa. En este caso, si el SPA realiza actividad preventiva en la empresa, no podrán mantener entre ambas otros negocios jurídicos, con el objetivo de que la realización de funciones preventivas no queden afectadas y se lleven a cabo con total independencia. Y por último, hay que atender al vínculo que se deriva de la falta de exclusividad de las funciones de prevención que todo SPA (o auditoría) debe tener. En este sentido, los SPA que presten servicios de prevención con las empresas concertadas no podrán ofrecerles otro tipo de servicios ni de manera directa, ni a través de otras empresas, cuando se demuestre que estas terceras dependen directamente del SPA (o de la empresa auditora)³⁰².

Para saber cuando existen vinculaciones de las que la norma considera prohibidas, hay que acudir a las actas de infracción levantadas por la Inspección de Trabajo en razón de apreciar el incumplimiento de esta prohibición y a las resoluciones judiciales derivadas por la impugnación de dichas actas, donde es posible identificar una serie de situaciones en las que se produce dicha vulneración, así como deducir los criterios

³⁰¹ STSJ de Cataluña de 10 de marzo de 2001 (R° 139/2000, Sala Contencioso Administrativa)

³⁰² STSJ de Andalucía, de 16 de marzo de 2012 (Sentencia núm. 298/2012, Sala de lo Contencioso-Administrativo) “... se pone el acento en la existencia de claras vinculaciones entre las dos entidades citadas, aunque lo relevante es que el acuerdo de imposición de la sanción también presta atención singular al efecto que la confusión funcional y de intereses consecuencia de la misma puede haber tenido en relación con los destinatarios de los servicios preventivos, considerando probado, en relación con este particular lo siguiente: " a este respecto es preciso señalar que, como queda acreditado en el Acta de Infracción, el servicio de prevención ajeno Due Servicios Integrales Laborales ,S.L , además de realizar las funciones propias de un servicio de prevención, presta a sus empresas clientes servicios jurídicos a través de la empresa Asistec y Asesores .S.L , como son defensa jurídica frente a actuaciones de la Inspección de Trabajo en materia de prevención de riesgos laborales , lo que significa que aquélla está excediendo su actuación como servicio de prevención ajeno... ”.

interpretativos que pueden utilizarse para determinar la existencia de esas vinculaciones prohibidas.

La ITSS ha venido interpretando el art. 17. c) RSP de forma amplia; es decir, para la ITSS cualquier tipo de vinculación de la empresa cliente con el SPA se encuentra dentro de la prohibición. A este efecto, se considera que lo que el legislador ha querido es excluir cualquier tipo de vinculación que pueda comprometer la independencia del SPA, entendiéndose suficiente para que entre en juego la prohibición, que simplemente exista la posibilidad, en virtud de esos vínculos, de que pueda darse ese condicionamiento respecto de la empresa cliente; que es, justamente, lo que la norma quiere preservar en aras de la mayor eficacia y calidad del servicio que presta el SPA. En consecuencia, no es necesario que se haya comprometido la independencia de facto y se haya probado, sino que basta con el hecho de que exista la mera posibilidad de ello.

Para llegar a esta conclusión, la ITSS fundamenta su postura el art. 13.12 de la LISOS que, al definir la infracción y al prever la correspondiente sanción, sólo se refiere al hecho de que existan vinculaciones y no que éstas puedan “afectar a su independencia o al resultado de sus actuaciones (del SPA)”³⁰³. Sin embargo, uno de los problemas que se plantean en esta interpretación combinada de los arts. 17, c) RPS y 13.12 LISOS gira en torno a los principios de legalidad y de tipicidad, traídos necesariamente a colación al tratarse, la segunda, de una norma sancionadora.

En efecto, estos principios se traducen en la exigencia de una predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones que correspondan, por lo que la potestad sancionadora de la administración está sujeta a una interpretación restrictiva de las normas que tipifican las conductas ilícitas, quedando vedada una interpretación ampliatoria. Ahora bien, el problema es que, en el precepto de la LISOS, se utiliza el concepto de vinculaciones de una forma general, pudiendo ser calificado como un concepto jurídico indeterminado que, conforme a lo establecido por el Tribunal Constitucional³⁰⁴, debe quedar precisado y dotado de un contenido concreto en cada caso mediante la aplicación a sus circunstancias específicas de los factores objetivos y subjetivos que sean congruentes con su enunciado genérico. Los preceptos sancionadores que incorporen conceptos jurídicos indeterminados son aceptables en la medida en que, en virtud de criterios lógicos, técnicos y de experiencia, sea posible prever, con un suficiente grado de seguridad jurídica, la naturaleza y características

³⁰³ La interpretación sobre el alcance de la prohibición contenida en el art. 17 c) RSP se encuentra en la Consulta Técnica ITSS. En línea: http://www.empleo.gob.es/itss/web/utilidades/consultas_tecnicas/index.html#A3

³⁰⁴ STC 180/1996, de 12 de noviembre.

esenciales de la conducta que constituye infracción³⁰⁵. En consecuencia, será necesario recurrir a criterios objetivos que tengan encaje en el tipo legal, siendo lo más lógico en el presente caso retornar al art. 17 c) RSP ya que ofrece una base jurídica mayor para que se pueda apreciar la existencia de infracción; por lo que esta interpretación, siendo más acertada, desplaza la que, como se ha indicado antes, venía realizando la ITSS.

Por su parte, la Federación de Servicios de Prevención Ajenos (ASPA) y la Asociación Nacional de Entidades Preventivas Acreditadas (ANEPA) entienden que las vinculaciones que están prohibidas deben ser sólo aquellas que tengan cierta relevancia. Es decir, no toda relación comercial o financiera entre el SPA y la empresa cliente puede ser considerada sin más vinculación prohibida, sino que debe tener la suficiente entidad y relevancia como para que pueda afectar a la independencia del SPA e influir en el resultado de las actividades preventivas concertadas con la empresa cliente con la que tiene otro tipo de relación contractual, comercial o financiera. De forma que, según ASPA, algunas de estas situaciones sí que deberían considerarse vinculaciones jurídicas de las prohibidas por el RSP y tipificadas en la LISOS, mientras que otras no.

En relación con las primeras, ASPA menciona aquellas vinculaciones que se producen entre la empresa cliente y aquellas entidades mercantiles que ofrecen conjuntamente los servicios preventivos junto con sus otras líneas de negocio como un mero reclamo comercial³⁰⁶. En cuanto a la prestación de servicios de un SPA que forma parte de un grupo empresarial a otras empresas del grupo, ya hay algún pronunciamiento judicial que admite tal posibilidad, no considerando la pertenencia al grupo una vinculación prohibida dado que, al existir unicidad empresarial, no se puede hablar de ajenidad a efectos de prevención de riesgos laborales en la relación con los demás miembros del grupo³⁰⁷. Por lo que se refiere a las vinculaciones que no deberían considerarse prohibidas según este colectivo de expertos, y muy al contrario de lo que se entendería conforme al criterio de la ITSS, hay que mencionar las relaciones jurídicas entre el SPA y empresas como las de limpieza, suministros informáticos, mantenimiento, etc., con las que el SPA tiene un concierto de asesoramiento preventivo, y que a su vez prestan este tipo de servicios en las propias instalaciones de los SPA. En conclusión, lo más razonable sería entender que lo que está prohibido es todo aquello que pueda poner en juicio la independencia de la actividad del servicio de prevención y que influya en la correcta realización de sus actividades preventivas.

³⁰⁵ STC 207/1990; STC 89/1993. “...Dado que los conceptos jurídicos legales no pueden alcanzar, por impedirlo la propia naturaleza de las cosas, una precisión y claridad absolutas, es necesario, en ocasiones un margen de indeterminación en la formulación de los tipos ilícitos que no entra en conflicto con el principio de legalidad, en tanto que no aboque a una inseguridad jurídica insuperable...”.

³⁰⁶ Informe jurídico sobre vinculaciones de los servicios de prevención ajenos, Madrid, 8 de mayo de 2008.

³⁰⁷ STSJ de Madrid de 21 de enero de 2013 (Sentencia núm.12/2013, Sala de lo Social).

Los Tribunales, por su parte, han ido estableciendo algunos criterios para apreciar si existe o no vinculación prohibida entre el SPA y la empresa cliente. Así, se ha considerado la existencia de vinculaciones no permitidas cuando los socios, administradores, o en definitiva, aquellas personas que tengan capacidad para tomar decisiones en las empresas, sean los mismos en una (SPA) y otra (empresa cliente). La misma presunción de vinculación prohibida se establece cuando quienes tienen capacidad para tomar decisiones en ambas empresas tienen vínculos de consanguinidad o afinidad³⁰⁸. Sin embargo, pese a todo, son muchas las dudas que se siguen planteando en relación con esta cuestión; como sucede con el supuesto en que un SPA posee un porcentaje del capital social de la empresa cliente con la que tiene concierto; o si se trata de empresas (SPA y cliente) que, a su vez, compartieran clientes de sus diferentes servicios.

En todo caso, y dejando sentado que puede ser discutible que la prohibición de las vinculaciones tengan sentido (no como ocurre con las auditorías), partido de la base de que el SPA debería ser considerado un mero apoyo de la empresa en materia de PRL, siendo la propia empresa la que realiza las actividades de prevención (de nuevo la disyuntiva internalización versus externalización), puede ser interesante establecer un elenco no cerrado de criterios que permitan identificar la existencia de vinculaciones prohibidas.

El primero sería el criterio de unidad de dirección, es decir, cuando el administrador/es o las personas que tienen capacidad de tomar decisiones sean los mismos en las empresas entre las que hay concierto preventivo; y lo mismo que ocurriría si, en esos casos, hay relaciones de consanguinidad o afinidad entre directivos o administradores. El segundo, y muy relacionado con el anterior, sería el criterio de unidad comercial en el mercado, que entiende que la vinculación está en función del volumen de negocio o de facturación que se produce entre el SPA (o la auditora) y la empresa cliente con la que existe un concierto preventivo. Es decir, si el administrador de un SPA, por ejemplo, tiene un insignificante porcentaje de acciones en una empresa grande o multinacional de la que es servicio de prevención, quizá no haya ningún condicionamiento de la independencia de actuación como SPA. Ahora bien, si por el contrario, una empresa tiene la mayor parte del capital social de un SPA o viceversa, o el volumen de negocio que maneja una de la otra es elevado, entonces sí que se puede entender que se está ante un supuesto de vinculación que la norma no permite, siempre y cuando ambas empresas exista un concierto de la actividad preventiva (o un contrato para llevar a cabo la auditoría reglamentaria). El tercer criterio, sería el de unidad de actividad, y la existencia de exclusividad en el objeto, esto es, sería necesario analizar si el SPA (o la empresa auditora) cuando ofrece diferentes servicios o productos de forma conjunta

³⁰⁸ STSJ de Andalucía, Sevilla, de 20 de julio de 2010 (Sentencia núm. 925/2010, Sala Contencioso-administrativo).

con el objeto de ganar clientes y ofrecer servicios más baratos a las empresas con las que tienen (o pretender tener un concierto preventivo), se ve o no condicionado en el desarrollo de su actividad preventiva. Lo que ocurre, y así se quiere pensar, es que en muchos de estos casos quizá lo que se produce no es estrictamente una merma de la independencia del SPA, sino una falta de calidad en el servicio prestado; lo que no estaría prohibido por la norma que se está analizando.

Precisamente, en relación con esto, hay que plantearse si verdaderamente existe la posibilidad de comerciar o prestar otros servicios no incluidos dentro de los previstos específicamente por la ley para los SPA (lo mismo que ocurre con las entidades auditoras). Ni el SPA, ni las empresas auditoras, podrían realizar actividades diferentes de las propias para las que están acreditadas³⁰⁹, al menos respecto a las empresas con las que tienen concierto. El problema que se suscita en realidad es si un SPA (o una auditora) puede o no realizar estas otras actividades con empresas con las que no tienen conciertos. Esta cuestión sí que parece posible ya que no hay norma que prohíba a un SPA (o empresa auditora) realizar actividades diferentes de las propias como SPA, siempre que lo permita su objeto social y siempre con la condición de no realizarlas para sus empresas concertadas a las que presta el servicio como SPA³¹⁰. Acerca de esta cuestión, la realidad del sector de los servicios de prevención y de las auditoras lleva a concluir que, en muchos casos, el objeto social de las empresas que se dedican a la prevención es más amplio que el objeto de acreditación (ya sea para ser servicio de prevención, ya sea para ser empresa auditora)³¹¹. El problema, como ocurre en la mayoría de las situaciones, va a consistir en controlar que efectivamente las empresas que comercian con otros productos no lo hacen con los clientes con los que tienen conciertos como servicios de prevención (o con los que tienen contratos para realizar auditorías reglamentarias). Lo relevante, no obstante, será que esa relación o vínculo (en este caso comercial) con el tercero no afecte a su independencia y al resultado de sus actividades como empresas especialistas en prevención de riesgos laborales.

³⁰⁹ STSJ de Madrid de 6 de junio de 2012, (R° 419/2011, sala Contencioso-administrativo)

³¹⁰ Así queda recogido en la opinión de expertos en la consulta jurídica formulada a ASPA, de 27 de abril de 2010, y en el Informe jurídico sobre vinculación de los servicios de prevención ajenos elaborado por ASPA el 8 de mayo de 2008.

³¹¹ Esta situación puede verse en algunos casos como por ejemplo en relación con SGS que es un servicio de prevención que además ofrece a sus clientes toda una gama de servicios diferentes, siendo relevante, además, que SGS era una empresa que ya ofrecía estos servicios con anterioridad a que fuera acreditada por la propia Autoridad Laboral como SPA. Uno de los ejemplos que mayor relevancia adquiere en nuestro días es el de IDC Salud, como empresa que ha adquirido una gran parte de las Sociedades de Prevención, y cuyo objeto social era la gestión sanitaria. Lo mismo ocurre con APPLUS que, además de ser una entidad auditora de prevención, ofrece servicios de ingeniería, homologación, consultoría, etc. La independencia se puede ver mermada también en relación con los profesionales de las auditorías. Al poder ser personas físicas quienes ofrezcan el servicio de auditoría, lo más habitual es que el auditor realice para sus clientes otras actividades como la de consultoría. En este sentido, además el control y prueba de la in-dependencia aún se torna más complicado.

2.3. La externalización de las actividades preventivas y las limitadas posibilidades de subcontratar por parte del SPA.

La decisión de acudir a recursos personales externos a la propia empresa para completar la producción de un bien o la prestación de un servicio se encuentra en la esfera de facultades del empresario quien, en virtud de la libertad que le otorga el art. 38 CE, no sólo puede decidir sobre la oportunidad de crear una empresa con el objetivo de poner un determinado bien o servicio a disposición del mercado; adicionalmente, la libertad de empresa atribuye al empresario una amplia autonomía organizativa, de la que podrá disponer para elegir a los trabajadores que desee contratar (libertad de contratación), para sancionarlos cuando incumplan con sus obligaciones laborales (poder disciplinario) y, sobre todo, libertad para fijar la estructura organizativa de la empresa de la forma que considera más adecuada, tanto al inicio de la actividad como durante todo el tiempo que ésta se mantenga en el mercado, para adaptarse a la evolución de éste (poder de autoorganización). Una de las manifestaciones de este poder de autoorganización, poder de dirección general, es la capacidad para decidir sobre el grado de centralización de los procesos productivos o de prestación de servicios de la empresa, recurriendo en cada caso a los mecanismos admitidos en derecho, entre los que se encuentra la encomienda de tareas a otras empresas, esto es la externalización³¹². La externalización productiva, habitualmente denominada como contratación y subcontratación, es una técnica admitida en el derecho a través de la cual otras personas, profesionales o empresas, prestan servicios en una empresa, lo que implica que no son asumidos directamente por la empresa interesada. Pese a que en algunas empresas comienza a observarse un cambio de

³¹² MONTOYA MELGAR, A., *El poder de dirección del empresario en empresas de estructura compleja*, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, núm. 48, 2004, pp. 135-136: “Al que llamamos poder directivo general pertenecen decisiones globales que tienen por objeto la organización laboral de la empresa, tales como la determinación del volumen de la plantilla, la contratación del trabajo de modo directo –mediante contratos laborales– o a través de procedimientos de «externalización» del trabajo –mediante contratas, empresas de trabajo temporal, etc.– los sistemas de selección y clasificación del personal, de retribución y tiempos de trabajo, la opción en cuanto a modalidades contractuales, la reducción del número de trabajadores de la empresa, etc”. Sobre esta materia se pueden consultar: SÁNCHEZ FIERRO, J., el fenómeno de la descentralización productiva, 1994, Cuadernos de Derecho Judicial, 1994, pp. 2-21; MARTÍN VALVERDE, A., La protección jurídica del trabajo en contratas: la norma y la realidad normada., Documentación Laboral, núm. 68, 2003, pp. 5-22; PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., “Descentralización productiva y libertad de empresa”, en PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. *Libertad de empresa y relaciones laborales en España*, Madrid, Instituto de Estudios Económicos, 2005, pp. 181-220; BLAT GIMENO, F., “El marco socioeconómico de la descentralización productiva”, en AA.VV., *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, pp. 47. La subcontratación es un fenómeno que, desde una perspectiva organizacional, puede definirse como toda externalización o desplazamiento, hacia entidades empresariales autónomas o independientes, de funciones o actividades del ciclo productivo que previamente se desarrollaban por una misma empresa. En este mismo sentido, DEL REY GUANTER, S., y LUQUE PARRA, M., *Algunos aspectos problemáticos sobre el fenómeno de la descentralización productiva y relación laboral*, Relaciones Laborales, núm. 2, 1999.

tendencia, las ventajas de la descentralización productiva han provocado que, en la actualidad, sea la manera habitual de organizar la producción de muchas empresas.

Por lo que se refiere a la aplicación de este fenómeno a la prevención de riesgos laborales, resulta imprescindible analizar las matizaciones que presenta el régimen de externalización en este concreto sector, por cuanto la norma regula específicamente las condiciones y requisitos para que pueda hacerse. Es importante tener presente a lo largo del discurso que hay que diferenciar en prevención dos tipos de externalización. Por un lado, la contratación total o parcial, de la actividad preventiva de las empresas con un SPA, cuando se elige ésta como fórmula organizativa, y, por otro, la subcontratación que puede realizar este SPA en relación con las actividades que ha asumido frente a la empresa principal. Independientemente del debate acerca de si debe o no permitirse que pueda externalizarse la actividad preventiva por parte de las empresas, la intensidad de la misma y las situaciones y prestaciones en relación con las cuales puede tener lugar, algo que ya se vio en el primer capítulo y que debería quera limitado conforme al elemento de la internalización y priorización de los recursos propios e internos de la empresa, lo cierto es que, con mayor o menor alcance, el mecanismo de la externalización de la actividad preventiva está permitido. Entre otras razones porque es lógico que muchas empresas, debido a su dimensión, a los riesgos que soportan o a la complejidad de determinadas actividades preventivas, estén forzadas a acudir a este procedimiento de prestación de servicios de prevención para proporcionar a sus trabajadores los niveles de seguridad exigidos por la norma. Lo que ocurre es que la subcontratación de uno o varios SPA por parte de la empresas tiene ciertas peculiaridades, tanto que quizás, ni siquiera debiera calificarse estrictamente como un mecanismo de externalización de actividades de la empresa de la prevención, ya que la norma lo único que permite es contratar con una entidad especializada una ayuda o apoyo técnico para llevar a cabo las actividades preventivas que la empresa debe realizar necesariamente a nivel interno.

Hay que recordar que la externalización en entidades ajenas no es lo que pretendía el legislador europeo, que prioriza la prevención con medios internos, ni en cierto modo, el nacional, cuando al hacer alusión a las funciones de los SPA, que establece que se encargarán del asesoramiento y apoyo al empresario (art. 31.2 y 3 LPRL³¹³) para que sea este el que lleve a cabo las actividades preventivas desde el interior de la empresa con medios propios. Lo que ocurre es que hay actividades preventivas que requieren para su correcta realización una serie de medios y conocimientos técnicos que no

³¹³ El art. 31.2 LPRL establece que: *se entenderá como servicio de prevención el conjunto de medios humanos y materiales necesarios para realizar las actividades preventivas a fin de garantizar la adecuada protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, asesorando y asistiendo para ello al empresario(...)*; y el art. 31.3 LPRL establece que: *Los servicios de prevención deberán estar en condiciones de proporcionar a la empresa el asesoramiento y apoyo que precise en función de los tipos de riesgo en ella existentes (...)*.

pueden ser exigibles a los empresarios, como por ejemplo las actividades de vigilancia de la salud, o ciertas mediciones o análisis que requieren de la existencia de laboratorios. Esta situación es la que habilita a que, en todo caso, puede ser necesaria una cierta externalización. La cuestión, sin embargo, es que las empresas, en muchos casos, como se ha visto, pueden acudir a un SPA para que se encargue de todo o de una buena parte de las actividades preventivas, convirtiéndose así, el fenómeno de la externalización de la prevención en los SPA, en algo más que habitual.

Cuando se habla de externalización de actividades es necesario saber si lo que se está subcontratando pertenece a la esfera de la propia actividad del empresario principal o, si por el contrario, se trata de actividades que no deben ser consideradas propia actividad. Y esto es imprescindible no tanto, por las posibles responsabilidades que se pudieran derivar, que también, como por el hecho de que la externalización de las actividades que tienen por objeto la seguridad y salud de los trabajadores tiene importantes limitaciones establecidas en la norma, derivadas de la misma naturaleza de la prevención como actividad esencial de la empresa; y es que el empresario podrá externalizar la prevención, aunque no siempre (cuando tiene que acudir a un SPP), pero en todo caso: a) sólo podrá hacerlo con un SPA; y b) el SPA no podrá, a su vez subcontratar las actividades preventivas con otros SPA u otras empresas (tal y como se vio en el apartado del capítulo primero sobre las “Las limitaciones generales derivadas del propio modelo legal de organización”).

La externalización de las actividades preventivas no podrían considerarse propia actividad, por más que la actividad que los SPA realizan sean actividades indispensables para el cumplimiento de la obligación de prevención de riesgos laborales. Conviene en este sentido recordar la doctrina sobre el concepto de propia actividad para entender por qué no se está ante una contratación de estas características. De conformidad con el artículo 42 ET, el empresario principal responde solidariamente de determinadas deudas laborales asumidas por la empresa contratista frente a sus trabajadores. Y este precepto opera además, como eje rector, por cuanto de él parten o a él se remiten otras previsiones de otros cuerpos normativos³¹⁴, como los artículos 16.5 y 168.1 LGSS, en materia de Seguridad Social, el artículo 24.3 LPRL con respecto a la coordinación de actividades empresariales en materia de prevención de riesgos laborales y los artículos 13.14 y 42 LISOS. Lo que ocurre es que el supuesto de hecho que determina la aplicación del art. 42 ET consiste en que el objeto de la contrata o subcontrata se refiera a la realización de obras y servicios correspondientes a la propia actividad de la empresa principal. Pues bien, ¿qué ha de entenderse por tal? El legislador no clarifica tal extremo, por lo que ha sido la doctrina quien ha arrojado algo de luz al respecto. No obstante sí parece que la

³¹⁴ SORIANO CORTÉS, D., *Las contratas en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Sevilla, Mergablum, 2007, pp. 102.

exigencia de que las obras o servicios encargados a la empresa contratista se correspondan con la propia actividad de la empresa principal evidencia la inclinación del legislador hacia una delimitación funcional y no topográfica de la noción³¹⁵.

Las teorías aportadas por la doctrina pueden sintetizarse en: a) la que identifica la propia actividad con la misma actividad; b) la que define la propia actividad como aquella indispensable; y c) la que considera que la propia actividad es la actividad inherente al fin empresarial. En efecto, una primera interpretación identifica “propia actividad” con “misma actividad”, de forma que debe existir una plena coincidencia entre las actividades esenciales de la empresa principal y la contratista³¹⁶. El problema es que esta interpretación conduciría a la casi inaplicación del art. 42 ET, especialmente si tenemos en cuenta la actual tendencia a la descentralización productiva con el propósito de acudir a empresas auxiliares más especializadas cuya actividad no coincide con la de la principal³¹⁷.

Una segunda interpretación acude al criterio de la indispensabilidad para conseguir el fin empresarial. Esta teoría defiende que la propia actividad es la actividad indispensable, de suerte que integrarían el concepto, además de las tareas que constituyen el ciclo de producción de la empresa principal, todas aquellas que resulten necesarias para la organización del trabajo o, dicho de otra forma, todas las actividades que una empresa debe realizar para desempeñar adecuadamente sus funciones. Siguiendo este criterio, se incluirían como propias todas aquellas tareas que, siendo complementarias o accesorias, sin embargo resultan necesarias para el funcionamiento normal de la empresa principal.³¹⁸ El problema es que esta tesis conduciría a que todo o casi todo lo que sea objeto de contrata, estaría relacionado con el desarrollo de la actividad a que se dedique la empresa, y consecuentemente sería «propia actividad». Pero si el art. 42 ET exige que las obras y servicios que se contratan o subcontratan se correspondan con la propia actividad de la empresa comitente, es porque el legislador

³¹⁵ Así lo ha entendido NORES TORRES, L. E., *El trabajo en contratas. La noción de contrata de propia actividad*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 90-97. No obstante, algunos autores sí han dado preponderancia al elemento locativo como criterio de delimitación. Es el caso de RODRÍGUEZ PIÑERO, M., *El lugar de ejecución de la contrata y el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores*, Relaciones Laborales, 1996, vol. I, pp. 27-34 y SERRANO OLIVARES, R., *El elemento locativo en el ámbito de las contratas y subcontratas de obras y servicios*. Relaciones Laborales, 2000, vol. II, pp. 315-336.

³¹⁶ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. *Nuevas tecnologías y relación de trabajo*. Valencia, Tirant lo blanch, 1990, pp- 31.

³¹⁷ Problema advertido por CRUZ VILLALÓN, J., *Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contratas y subcontratas*, Relaciones Laborales, 1992, vol. I, pp. 129. SORIANO CORTÉS, D. *Las contratas en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, op. Cit. pp. 107.

³¹⁸ En este sentido: MONEREO PÉREZ, J. L., *La responsabilidad empresarial en los procesos de subcontratación*. Madrid, IBIDEM, 1994, pp. 84. MARTÍN VALVERDE, A., “Responsabilidad empresarial en caso de subcontratas de obras y servicios”. En, BORRAJO DACRUZ, E. (Dir.), *El Estatuto de los trabajadores. Comentarios a las leyes laborales*. Madrid, Edersa, Tomo VIII, 1982, pp. 244.

está pensando en una limitación razonable que excluya una interpretación favorable a cualquier clase de actividad empresarial (STS de 18 de enero de 1995, R° 150/1994, sala de lo social).

Según una tercera interpretación, propia actividad podría definirse como actividad inherente al ciclo productivo, de forma que el bien o el servicio descentralizado se incorpora al producto final que la empresa principal comercializa en el mercado. El propio Tribunal Supremo se ha inclinado por este criterio restrictivo que incluye las tareas nucleares y deja fuera del concepto las tareas accesorias o complementarias, que aun siendo indispensables o necesarias para el fin empresarial, no son inherentes al ciclo productivo de la empresa principal. En palabras del propio Tribunal Supremo, *"el supuesto de hecho del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores, en la medida en que está conectado en el plano de las consecuencias jurídicas con la aplicación de un régimen severo de responsabilidad para las contrataciones en el marco de la propia actividad, parte de una conexión más intensa entre las actividades del principal y del contratista, de manera que se produzca una cierta implicación de las organizaciones de trabajo de los empresarios"*³¹⁹.

En base a estos criterios, hay que entender necesariamente que las actividades que realizan los SPA no son actividades inherentes, por más que se trate de actividades especiales que indiscutiblemente tiene que realizar el empresario en el cumplimiento de sus obligaciones. Cuestión diferente, como ya se dijo, es que esta especialidad de la actividad lleve a imponer ciertas limitaciones al empresario en su decisión de subcontratación; algo que sí se justifica en la especialidad y finalidad pretendida, y no tanto en el hecho de que se trate o no de propia actividad.

³¹⁹ Con base en el criterio de la inherencia al ciclo productivo, el Tribunal Supremo ha considerado que no constituyan propia actividad las tareas de vigilancia y control con respecto a los servicios prestados por la Junta de Castilla y León (STS 18 de enero de 1995, R° 150/1994, sala de lo social) o con respecto a una compañía eléctrica (STS de 27 de octubre de 2000, R° 693/1999, sala de lo social), así como las tareas de edificación de una serie de viviendas con respecto a una promotora inmobiliaria (STS de 20 de julio de 2005 (R° 2160/2004, sala de lo social) y STS de 2 de octubre de 2006, (R° 1212/2005, sala de lo social)). Y sin embargo, ha entendido que sí quedaba incluido dentro del concepto de propia actividad el servicio de comidas en un Colegio Mayor, pues *"de no dispensarse la prestación alimenticia a los colegiales, quedaría incompleta la labor del Centro"* (STS de 24 de noviembre de 1998, (R° 517/1998, sala de lo social), la instalación del tendido aéreo de líneas telefónicas con respecto a una empresa que presta servicios de telefonía (STS de 22 de noviembre de 2002, (R° 3904/2001, sala de lo social), la tarea de desmontar los postes de madera de una línea de baja tensión con respecto a una empresa dedicada a la distribución de energía eléctrica (STS de 11 de mayo de 2005, R° 2291/2004, sala de lo social), el servicio de atención a personas mayores en centros de día con respecto al Ayuntamiento de Santurce, por cuanto dicha actividad forma parte del núcleo de competencias características de la Administración Municipal (STS de 5 de diciembre de 2011, (R° 4197/2010, sala de lo social)), o el transporte sanitario de enfermos con respecto al servicio público de salud que deben prestar las Comunidades Autónomas (STS de 23 de enero de 2008, (R° 33/2007, sala de lo social), STS de 15 de noviembre de 2012, (R° 191/2012, sala de lo social), STS de 29 de octubre de 2013, (R° 2558/2012, sala de lo social)).

2.3.1. Posibilidades de subcontratación por parte de los SPA de actividades de prevención de riesgos laborales

La actividad de prevención como actividad esencial del empresario, que es una fórmula intermedia entre la actividad inherente y la actividad indispensable, queda limitada y condicionada por los términos que legal y reglamentariamente se han establecido. Es por ello, que los SPA no tienen una absoluta libertad en la realización de su objeto empresarial. Así pues, resulta necesario determinar el alcance de las subcontrataciones de las actividades de prevención que los SPA pueden realizar y que han asumido contractualmente frente a la empresa cliente³²⁰. Precisamente, una de las pocas limitaciones que existe en derecho español a la subcontratación de la propia actividad se produce en el ámbito de los servicios de prevención³²¹. En esta línea, tanto el art. 19.2 a) RSP como los arts. 1.3 y 3.2 i) de la Orden TIN/2504/2010, de 20 de septiembre, ponen freno a esta posibilidad, permitiéndola sólo en casos excepcionales; mientras que los arts. 6 y ss. del RD 843/2011, de 17 de junio, se refieren, introducen limitaciones importantes, a la subcontratación de las actividades sanitarias.

Resulta interesante traer a colación la opinión de algún sector doctrinal que se manifiesta en contra de la posibilidad de que un SPA pueda subcontratar actividades preventivas que debe realizar para la empresa cliente, argumentando que en el resto de las modalidades de organización preventiva esta subcontratación no pueda tener lugar. Es decir, si el empresario asume la prevención, designa trabajadores para que se ocupen de ello, o crea un SPP, la empresa tendrá que llevar a cabo todas las actividades preventivas obligatorias, pudiendo externalizar sólo con un SPA aquéllas que, por una u otra razón, no puedan desarrollar; mientras que, por el contrario, este rigor no se proyecta sobre los SPA a los que sí se autoriza a subcontratar con otras empresas o entidades si sus medios son insuficientes, bien por razón de especialidad, bien por la complejidad de las instalaciones necesarias.

Según esta opinión, existe un excesivo proteccionismo para los SPA, considerando que, si las necesidades preventivas de una empresa exceden de las posibilidades técnicas de un concreto SPA, lo que deben hacer es contratar con un SPA que esté en

³²⁰ Obviamente esto no tiene que ver con el hecho de que el SPA siempre puede subcontratar prestaciones o servicios que no tienen que ver de forma directa con la prevención de riesgos como sucede, por ejemplo, la limpieza, los servicios informáticos, de asesoría jurídica o de gestión fiscal, de recursos humanos, de marketing, etc. En definitiva, no se plantea ningún problema con aquellas subcontrataciones que no son de la propia actividad del SPA, entendiendo propia actividad en este caso la que se conecta o tiene relación directa con la prevención de riesgos.

³²¹ Como ya se ha dicho, hay otras limitaciones a la subcontratación en el sector de la construcción a tenor de lo establecido en la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción, y en el RD 1109/2007, de 24 de agosto por el que se desarrolla la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción, ambas normas reguladoras precisamente de la subcontratación en este sector.

condiciones de ofertar por sí mismo un concierto que cubra todas sus necesidades³²². Esta interpretación parte de la base de que por muy concretas y especializadas que sean las actividades preventivas, quien puede lo más puede lo menos, de forma que aquellas entidades que presten esos servicios tan altamente cualificados o que tengan unas instalaciones muy complejas, podrán desarrollar todas las actividades de un nivel superior e inferior. En consecuencia, se concluye, la empresa debería contratar directamente la totalidad de los servicios de prevención de aquellas empresas que realizan actividades complejas en términos preventivos. Una opción como la expuesta, implica entender que: a) los SPA (al menos algunos de ellos) deberían prestar de forma absoluta todos los servicios necesarios, independientemente de la especialización requerida y de las instalaciones necesarias, o, cuando menos, que siendo posible la subcontratación por parte de un SPA de actividades preventivas especiales, ello significa que existen SPA capacitados para prestarlas y que es con éstos con los que la empresa debe concertar la prevención, caso de ser esa su necesidad; y, b) que las actividades preventivas, cualesquiera que sean las necesidades de la empresa, debe ser desarrolladas de forma íntegra y exclusiva sólo por el SPA con el que se haya contratado. Frente a lo que, al margen de la defensa de la libertad de mercado y de elección de la empresa, que podría quedar subordinada a la mayor eficacia de la acción preventiva a desarrollar por un SPA, único responsable directo de ella frente a la empresa cliente, lo cierto es que no se tiene en cuenta que hay algunas actividades que no se exige (y, quizás, no tiene sentido) que se lleven a cabo por ese SPA, como son las previstas en el art. 1.3 de la Orden TIN/2504/2010³²³.

A este respecto, el RSP establece una posibilidad de contratación por parte de un SPA sólo para los casos en los que sea necesaria la realización de una actividad muy especializada que requiera conocimientos especiales o instalaciones complejas. Varias son las cuestiones que se plantean en torno a esta previsión normativa.

La primera de ellas es la relativa al ámbito subjetivo de la externalización, esto es, con quiénes puede un SPA contratar esas actividades especiales. La norma establece la posibilidad de subcontratar tanto con personas físicas como con personas jurídicas. Este es, junto con la actividad de auditoría, el único supuesto en el que en el ámbito de la prevención se pueden llevar a cabo actividades preventivas por personas físicas,

³²² GONZALEZ CARBAJAL, J.M., *Aspectos jurídicos públicos de la prevención de riesgos laborales: estudio de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre de prevención de riesgos laborales y del reglamento de los servicios de prevención, aprobado por Real Decreto 39/1997, de 17 de enero*, Madrid, Colex, 2000, pp. 153-154.

³²³ El art. 1.3 de la Orden TIN/2504/2010 establece que: “A efectos de lo dispuesto en artículo 19. 2 a) del Reglamento de los Servicios de Prevención, sobre la posibilidad de subcontratar los servicios de otros profesionales o entidades, se considerarán actividades que requieran conocimientos especiales o instalaciones de gran complejidad, entre otras, las actividades de laboratorios como los clínicos, microbiológicos y de higiene industrial. Ello sin perjuicio de lo dispuesto en la normativa específica sobre energía nuclear”.

quizás porque en realidad se trata de actividades más bien complementarias de las actividades preventivas. En cuanto a las entidades, no parece que la norma esté pensando en la posibilidad de subcontratar obligatoriamente con otro SPA sino con una empresa especialista en alguna actividad concreta cuya realización no tendría mucho sentido que la llevara a cabo el SPA, precisamente por la especial complejidad y la especialización de los conocimientos necesarios para su ejecución. Lo que no parece que ello deba implicar una prohibición de la subcontratación de estas actividades con un SPA que pueda realizar estas actividades específicas y complementarias. Sin embargo, se pueden encontrar voces que han interpretado al hilo de la regulación mencionada que no es posible subcontratar con otros SPA³²⁴. Cuestión diferente, como se analizará más tarde, es lo que ocurre con la subcontratación de la actividad sanitaria por parte de un SPA, que por el contrario, sí tiene que realizarse necesariamente con otro SPA a través de los acuerdos previstos y siempre que concurran una serie de requisitos.

Lo anterior conduce inevitablemente a la segunda cuestión relacionada con la determinación del significado del concepto de “actividades que requieran conocimientos especiales o instalaciones de gran complejidad”. En este sentido el art. 1.3 Orden TIN/2504/2010, de 20 de septiembre establece un listado completamente abierto³²⁵, aunque expresamente establece las desarrolladas por los laboratorios clínicos, los microbiológicos y los de higiene industrial. Es importante destacar que la norma no habla de actividades especiales, sino sólo de aquéllas que requieran conocimientos especiales, o instalaciones cuya complejidad es tal que no sería proporcionado exigirlo a una entidad como SPA para pudiera acreditarse como tal. En consecuencia, es preciso, por tanto, establecer una serie de criterios para saber en qué casos es posible tal subcontratación; para lo cual ha de recurrirse, con carácter general, a la jurisprudencia y, de forma más particular, al desarrollo legislativo que se ha producido en torno a la subcontratación de actividades sanitarias de los SPA. De forma que, una vez analizada esta cuestión respecto de las actividades sanitarias (lo que se hace en el siguiente epígrafe), podrán extrapolarse las mismas conclusiones a las opciones de subcontratación de cualquier otra especialidad preventiva.

³²⁴ Así se ha interpretado por las CCAA en aplicación de la normativa. Instrucción 1/2011 de la Dirección General de Relaciones Laborales y Calidad en el trabajo de Cataluña, sobre la aplicación a los servicios de prevención ajenos y mancomunados del RD 337/2010, de 19 de marzo y la Orden TIN/2504/2010: *“Hay que entender que el término entidades no se refiere a servicios de prevención ajenos. No se permite la subcontratación de actividades con servicios de prevención ajenos, ni entre estos y entidades auditoras de los sistemas de prevención en las empresas”*.

³²⁵ Que ya se regulaba en la Orden de 27 de junio de 1997 recogiendo el mismo listado, también abierto.

2.3.2. La Subcontratación por los SPA de la actividad sanitaria

La regulación de la actividad sanitaria de los servicios de prevención ha introducido en los últimos años supuestos en los que se permite una cierta subcontratación, aunque sometida a ciertos requisitos o factores limitativos. El RD 843/2011, de 17 de junio, permite, bajo ciertas condiciones y requisitos, que un SPA se subrogue en la posición de otro SPA con el que firme un acuerdo de colaboración para llevar a cabo actividades sanitarias con las empresas concertadas. Más concretamente, los arts. 6 y ss. permiten la realización de acuerdos de colaboración entre los SPA bajo el cumplimiento de una circunstancia que es la lejanía de algunos centros de la empresa de las instalaciones del servicio sanitario del SPA inicialmente contratado. Por tanto, el supuesto en el que se permite la colaboración entre SPA es cuando la empresa cliente tiene centros de trabajo fuera del ámbito de actuación del SPA originario³²⁶. En todo caso para llevar a cabo este tipo de subcontratación, que el legislador ha querido denominar acuerdos de colaboración, y que regula con bastante detalle, se limita la autonomía de la voluntad de las partes no pudiendo acordar de manera incondicionada el modo y las actividades sanitarias concretas que se pueden subcontratar. Así la derivación de estas actividades sanitarias desde el SPA principal hacia los SPA colaboradores tiene tres límites. El primero, es un límite cuantitativo, y es que el acuerdo no podrá superar el 10 por 100 de volumen total de la actividad anual de aquél. El segundo, es una limitación basada en el consentimiento de la empresa cliente. La externalización exige la aprobación por parte de la empresa cliente (art. 8.1 a) RD 843/2011), previéndose la obligación de implantar medios de coordinación para la correcta comunicación, participación y evaluación de las condiciones de ejecución del acuerdo de colaboración, con el objeto de evitar una externalización que implique una desatención por parte del SPA principal. El tercero, es un límite material, por cuanto no se podrá acordar el trasvase de cualquier actividad preventiva sanitaria, sino sólo las establecidas en la propia norma.

En relación con el límite cuantitativo, para el cálculo del dicho límite del 10 por 100 hay que entender que se refiere a la suma total del volumen de actividad sanitaria (que se calcula computando los recursos humanos destinados a la actividad sanitaria preventiva) que se articulen mediante todos los acuerdos de colaboración que el SPA original suscriba con todos los SPA de los que se requiera la colaboración. De forma que se deberá calcular el total del volumen de actividad del SPA originario, descontando el tiempo dedicado a la vigilancia colectiva de la salud, y sobre ese total deberá calcularse el 10 por 100, que será el máximo de volumen de actividad sanitaria, medida en tiempo de trabajo, que podrá articularse a través de los acuerdos de colaboración, sea, según las necesidades, sólo con uno o con todos los SPA con los

³²⁶ Esta es otra de las normas que ha sido recientemente modificada por el RD 901/2015, de 9 de octubre. En este sentido se ha eliminado la referencia al supuesto de los centros de trabajo que no se encuentran, en su totalidad, en el ámbito territorial de actuación del servicio de prevención principal.

que tales acuerdos se hayan suscrito. Por el contrario, la asunción de actividades sanitarias por parte de los SPA colaboradores no está sujeta a ningún límite, de forma que éstos podrán firmar todos los acuerdos de colaboración que quieran; naturalmente siempre que se lo permita su propia capacidad, teniendo por tanto que cumplir los ratios exigidos de recursos humanos y materiales (de los que se hablará más tarde) teniendo naturalmente en cuenta los necesarios para cumplir y mantener los acuerdos de colaboración.

Por lo que se refiere a la limitación material, es decir, se refiere al contenido del propio acuerdo de colaboración, el art. 8.1 c) RD 843/2011 establece expresamente qué no puede ser objeto de subrogación; lo que, en sentido contrario, permitirá deducir qué actividades sí que pueden ser subrogadas. En cuanto a lo primero, no podrá encargarse el SPA colaborador de la planificación ni de la elaboración del programa de vigilancia específica; es decir de la planificación y organización de todas las actividades relacionadas con la vigilancia de la salud individual de los trabajadores; aunque no queda prohibido, no obstante, que los SPA colaboradores ejecuten esos programas de vigilancia específica. En consecuencia, el SPA principal deberá establecer las pautas o directrices que debe seguir el SPA colaborador para llevar a cabo los reconocimientos médicos, así como cuantas actividades sanitarias sean necesarias en relación con la vigilancia de la salud individual (art. 8.1 d) RD 843/2011). En cuanto a las actividades, tanto de planificación como de ejecución, relativas a la vigilancia colectiva de la salud, existe una prohibición absoluta de inclusión en el acuerdo de colaboración, por lo que, en estos casos, no será posible que el SPA colaborador actúe en el lugar del SPA principal.³²⁷.

Es importante destacar, por tanto, que, cuando el RD 843/2011 hace referencia a esta manera de externalización, lo hace respecto de concretas actividades sanitarias, esto es, exclusivamente para la ejecución de la vigilancia de salud individual; en definitiva, para la realización de reconocimientos médicos y la atención sanitaria individualizada a los trabajadores. En realidad no es posible una subcontratación de toda la actividad sanitaria, primero, porque la propia norma está excluyendo tal posibilidad y, segundo,

³²⁷ Es conveniente, para entender el por qué de esta prohibición normativa, hacer una breve reflexión sobre el concepto de vigilancia de salud colectiva. Se trata de la parte indivisible de la prevención y del conjunto de disciplinas preventivas que no dependen de la voluntariedad del trabajador y que tiene por objeto el analizar con criterios epidemiológicos los resultados de la vigilancia de la salud de los trabajadores. También tiene por objeto colaborar con el resto de los componentes del servicio de prevención a fin de investigar y analizar las posibles relaciones entre la exposición de riesgos y los perjuicios para la salud, para promover las medidas encaminadas a mejorar las condiciones y el medio ambiente laboral, así como la elaboración de programas que mejoren la salud de los trabajadores en los lugares de trabajo (Ponencia: “*Estudio de la dotación e integración de profesionales sanitario en los servicios de prevención*” Grupo de trabajo de Profesionales Sanitarios de la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el trabajo, 2000).

porque la medicina del trabajo³²⁸ es una especialidad preventiva que engloba más actividades que la vigilancia individual o la colectiva y la norma no habla en ningún momento, con carácter general, de acuerdos de colaboración para la especialidad de medicina del trabajo.

Por lo que se refiere al alcance y contenido concreto del acuerdo de colaboración se podrían plantear algunas dudas. Por ejemplo las que se suscitan en torno al papel que tiene la especialidad de medicina del trabajo en relación con la adopción de las medidas necesarias de carácter terapéutico y rehabilitador. Si se entendiera que estas medidas forman parte de la vigilancia de la salud individual, entonces se podrían incluir en el concepto de ejecución de esa vigilancia; sin embargo, si por vigilancia de la salud, en relación con el acuerdo de colaboración, sólo se entiende que tiene por objeto el examen sistemático y específico de los trabajadores para prevenir, detectar y corregir el riesgo de alteración de la salud, entonces no se podría entender que otras actividades que se incardinan en el concepto de medicina del trabajo se pueden incluir en estos acuerdos de colaboración con otros SPA. Parece razonable abogar por una interpretación no excesivamente restrictiva ya que la propia norma se encarga de limitar con bastante claridad lo que no puede formar parte del acuerdo. Habría que atender a la finalidad de las normas de organización de la prevención, y pese a que subyace la idea de la excepcionalidad en la externalización de las actividades sanitarias de la organización de la prevención, quizá sea razonable, por la finalidad de las medidas terapéuticas y rehabilitadoras, que queden incluidas como parte del acuerdo con los SPA colaboradores, si ello contribuye a mejorar la salud laboral de los trabajadores y es la única forma de que accedan a tales servicios.

De todos modos, lo cierto es que la limitación impuesta a los acuerdos de colaboración responde a la intención de evitar un exceso de externalización de las actividades sanitarias del SPA principal. Sin embargo, la norma sólo ha positivizando una práctica que ya era habitual en el sector y que consistía en hacer subcontrataciones parciales encubiertas entre servicios de prevención ajenos³²⁹. Ya en el año 2005, y como

³²⁸ La medicina del trabajo ha sido definida por la Organización Mundial de la Salud como “la especialidad médica que, actuando aislada o comunitariamente, estudia los medios preventivos para conseguir el más alto grado de bienestar físico, psíquico y social de los trabajadores, en relación con la capacidad de éstos, con las características y riesgos de su trabajo, el ambiente laboral y la influencia de éste en su entorno, así como promueve los medios para el diagnóstico, tratamiento, adaptación, rehabilitación y calificación de la patología producida o condicionada por el trabajo”

³²⁹ STSJ de Murcia, de 3 de mayo de 2013 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, R°. 292/2012): “Los hechos sancionados consistían, según se constata en la propia acta, en que la empresa que actuaba como servicio de prevención ajeno se excedía en su actuación del alcance de la acreditación concedida al haber procedido a la subcontratación de actividades integrantes de la denominada actividad sanitaria del servicio y no sólo actividades dimanantes de conocimientos especiales o instalaciones de gran complejidad. En concreto, la conducta infractora consistía en haber celebrado acuerdos de

consecuencia del Congreso Nacional de los Servicios de Prevención, se elaboró un documento en cuya propuesta número 48 se explicaban las razones de esas “prácticas a distancia” que realizaban los SPA y la necesidad de permitir la subcontratación territorial de servicios preventivos concretos³³⁰. A ello, hay que añadir que alguna sentencia, nada desdeñable, ya admitió una situación en la que el SPA subcontrataba actividades con otro SPA. Se trata del caso de la STSJ de Canarias, de 5 de febrero de 2009, (R°. 253/2008, sala de lo Contencioso-administrativo), en la que se cuestionaba si un SPA, al subcontratar con otros servicios de prevención ajenos sus servicios, estaba incumpliendo el tipo infractor del art. 13.11 LISOS. Se trataba de un caso en el que el SPA demandado asume la posición de otra empresa (otro SPA) a la que sustituye en la prestación de servicios, concretamente de reconocimientos médicos, para las que unas y otras sí que estaban autorizadas, ya que ambas contaban con la acreditación. En este caso el Tribunal entiende que la conducta de subcontratar o de subrogarse en la posición de otra empresa especializada no es incardinable en el tipo, no pudiendo, además, hacerse una interpretación extensiva del mismo. Se afirma que la LISOS lo que busca con la infracción del art. 13.11 es evitar la prestación de servicios de empresas que no tengan la preceptiva autorización.

Supuesto que hay que diferencia de otros planteados en otras sentencias en las que sí se aprecia vulneración del tipo infractor mencionado. Se trata de empresas que actúan como SPA y que subcontratan la actividad sanitaria, concretamente los reconocimientos médicos, pero con clínicas privadas. En todas ellas se plantea si procede o no la aplicación del art. 13.11 de la LISOS, por cuanto los jueces de instancia habían entendido que el Acta de Infracción de la ITSS se había extralimitado en la interpretación del tipo de infracción, considerando que no existe exceso en la autorización concedida a los SPA por el hecho de haber subcontratado con otras empresas los reconocimientos médicos. Una tesis que finalmente no comparten los TSJ³³¹ ya que consideran que, si el SPA tiene la acreditación para llevar a cabo las

colaboración con clínicas privadas y centros médicos en la región de Murcia, para realizar reconocimientos médicos laborales”.

³³⁰ ASPA., *Un congreso, cien propuestas. Una apuesta por la seguridad y salud laboral.*, Valladolid, Lex Nova, 2005, pp. 112. “Las empresas españolas, a partir de un tamaño medio, tienden cada vez más a diversificar sus centros de trabajo en ámbitos geográficos dispares, incluyendo la presencia en todas las Comunidades Autónomas. Cuando se produce un contrato de prevención con un SPA para el centro principal, es habitual que el SPA no disponga de acreditación, ni de recursos en los mismos ámbitos geográficos que la empresa contratante. En estos casos, cada vez más frecuentes, se está recurriendo a una mezcla de prácticas a distancia, subcontratación más o menos parcial, y más o menos encubierta con otros SPA, lo que deviene en una disminución de calidad del servicio. Una medida reguladora de estas situaciones, puede ser la de permitir la subcontratación territorial de servicios, si bien referida estrictamente a estos casos, es decir nunca por no poder atender la demanda de su propia comunidad o ámbito de actuación con recursos propios”.

³³¹ STSJ de Murcia, de 16 de noviembre de 2012 (sala de lo contencioso-administrativo, Sentencia núm. 837/2012); STSJ de Murcia, de 8 de marzo de 2013, (sala de lo contencioso-administrativo, Sentencia núm. 131/2012); STSJ de Canarias, de 5 de febrero de 2009 (sala de lo contencioso-administrativo, R° 253/2008).

funciones de medicina del trabajo (algo que en todo caso es obligatorio para acreditarse), ésta no puede comprender la subcontratación de los reconocimientos médicos puesto que no son actividades que exijan conocimientos especiales o instalaciones de gran complejidad (único supuesto de subcontratación permitido). Por tanto, al haber llevado a cabo una subcontratación para la que no estaban autorizadas, se han excedido de los límites de la autorización concedida, siendo una conducta incardinable en el art. 13.11 de la LISOS. Sin embargo, la fundamentación de estas sentencias debe ser criticable por cuanto el tipo aplicable a la infracción cometida por los SPA al subcontratar clínicas privadas no es el establecido en el art. 13.11 de la LISOS sino el recogido en el art. 12.22 del mismo texto legal³³².

En estos casos, el problema radica en el hecho de que la subcontratación no se hace con otro SPA que tiene o no las correspondientes autorizaciones, sino con clínicas privadas. La jurisprudencia y la ITSS entienden aplicable a tal situación el art. 13.11 LISOS a la subcontratación prohibida ya que, con ello, el SPA que procede a esa subcontratación se está excediendo con su actuación del alcance de la autorización. Sin embargo, la conducta que infringe el art. 13.11 no es la de subcontratar actividades que corresponderían en todo caso al SPA, sino la de actuar en prevención sin la correspondiente autorización y acreditación administrativa. La justificación que encuentran las sentencias es que no había autorización de los SPA para subcontratar los reconocimientos médicos laborales, sino que debía hacerlos el propio SPA, algo que de todos modos no podía existir por cuanto la norma prohíbe que se permitan subcontrataciones generales de actividades preventivas y sólo lo permite para los casos en los que se exijan conocimientos especiales o instalaciones de gran complejidad³³³. Sin embargo, la conducta de los SPA es un incumplimiento de las obligaciones de estas entidades que era llevar a cabo la vigilancia de la salud por medios propios, de forma que se trata de claramente de la infracción del art. 12.22 LISOS siendo calificada esta conducta como grave³³⁴. Cuestión diferente es la

³³² El art. 13.11 LISOS establece que será considerada una infracción muy grave: “*ejercer sus actividades las entidades especializadas que actúen como servicios de prevención ajenos a las empresas, las personas o entidades que desarrollen la actividad de auditoría del sistema de prevención de las empresas o las que desarrollen y certifiquen la formación en materia de prevención de riesgos laborales, sin contar con la preceptiva acreditación o autorización, cuando ésta hubiera sido suspendida o extinguida, cuando hubiera caducado la autorización provisional, así como cuando se excedan en su actuación del alcance de la misma*”. Por su parte el art. 12.22 LISOS establece que será infracción grave: “*Incumplir las obligaciones derivadas de actividades correspondientes a servicios de prevención ajenos respecto de sus empresarios concertados, de acuerdo con la normativa aplicable*”

³³³ STSJ de Murcia, de 16 de noviembre de 2012 (sala de lo contencioso-administrativo, Sentencia núm. 837/2012) en su fundamento jurídico tercero establece que “*esta interpretación no significa que todo incumplimiento del servicio de prevención sea un exceso en el alcance de la autorización sino solo aquellos que supongan la realización de actividades no contempladas en dicha autorización por tener que realizarlas el propio servicio de prevención según se establece en el precepto del RSP*”

³³⁴ STSJ de Murcia, de 3 de mayo de 2013 (R°. 292/2012, sala de lo contencioso-administrativo) en la cual el Tribunal en su fundamento segundo y en virtud del principio de *reformatio in peius* concluye para una conducta de este tipo que la infracción cometida es la grave del art. 12.22 LISOS.

infracción cometida por las clínicas privadas en la realización de los reconocimientos médicos. Aquí sí que resulta aplicable la infracción derivada del art. 13.11 LISOS por cuanto estas entidades no tenían la correspondiente autorización administrativa para desarrollar la actividad de vigilancia de la salud en los términos establecidos en las normas de prevención de riesgos.

2.3.3 Conclusiones a la limitada y excepcional subcontratación de actividades preventivas

Varias son las conclusiones que se pueden obtener tras el análisis realizado sobre la normativa y la jurisprudencia que se ha generado en torno a la posible externalización de actividades preventivas. La primera, y más general, es que tanto la LPRL como el RSP no sólo permiten la contratación externa de la organización de la prevención a través del SPA como modalidad organizativa única o complementaria de otra interna, sino que además la favorecen, a través de los distintos medios que las normas van articulando de manera directa o indirecta. Como ejemplo, el hecho de que no se establezca una jerarquía de fórmulas organizativas, colocando el recurso al SPA en último lugar; el art. 15.4 RSP que establece expresamente que aquellas actividades que no sean asumidas a través de una SPP, deberán ser concertadas con uno o más SPA; o el propio hecho de regular con intensidad y detalle a los SPA ofreciendo una mayor seguridad jurídica a los operadores (empresas) si optan por la externalización en lugar de hacer con la designación de trabajadores (a los que las normas apenas dedican un par de preceptos o tres, bastante generalistas).

De forma más particular, la segunda conclusión se centra en la subcontratación que pueden hacer los SPA como empresas especialistas y prestadoras de servicios de prevención de riesgos. En ese sentido, la norma permite ciertas subcontrataciones de los profesionales o entidades para que desarrollen actividades concretas que requieran conocimientos especiales o instalaciones de gran complejidad. Por otra parte, también los SPA pueden subcontratar con otros SPA para que desarrollen algunas actividades sanitarias, si bien se trata de subcontrataciones limitadas y fuertemente reguladas que, además, prohíben una subcontratación en cadena. Puede decirse, por tanto, que no existe una libertad absoluta por parte de estas empresas para subcontratar actividades en la medida que crean conveniente a sus intereses, sino que hay una fuerte regulación sobre las posibilidades que tienen de ello; y es que no tendría sentido dejar un amplio margen de actuación a los SPA acerca de las posibles subcontrataciones a realizar cuando el bien jurídico protegido puede verse dañado como consecuencia de esa derivación de obligaciones (y de responsabilidades).

Puede decirse que se trata de una subcontratación sometida a un principio de excepcionalidad. Sólo se podrá subcontratar cuando se trata de actividades que

requieren conocimientos especiales o instalaciones de gran complejidad; y, en relación con las actividades sanitarias, sólo se podrán hacer acuerdos de colaboración, para la realización de la vigilancia de la salud individual y sólo por razones de lejanía respecto de las instalaciones del SPA principal, lo que lleva a entender que no se podrán hacer acuerdos, en ningún caso, por falta de materiales o recursos humanos para realizar tales actividades, por poner un ejemplo; y ello pese a que las dificultades y los costes de personal y material especializado en medicina del trabajo pueden constituir un argumento poderoso para justificar que, pese a la excepcionalidad, se puedan materializar determinados acuerdos de colaboración. Además, existe una prohibición de la realización de acuerdos de colaboración de actividades sanitarias en cadena, lo que se justifica también por la aplicación de este principio de excepcionalidad.

En tercer lugar, para la subcontratación es necesario que tanto el SPA principal, como las entidades especializadas o profesionales, o el SPA colaborador (en este caso, sólo para actividades sanitarias) cumplan una serie de requisitos. El primero y más importante, consiste en que los colaboradores cuenten, y demuestren que cuentan, con los medios adecuados a las funciones que van a desempeñar. Para el supuesto concreto del SPA colaborador de las actividades sanitarias, será necesario mantener los ratios de recursos humanos y materiales para cubrir las actividades sanitarias que deba prestar para las empresas con las que mantenga conciertos, así como en relación con aquéllas que les hayan sido encomendadas en virtud de convenios de colaboración. El segundo de los requisitos, tiene que ver con la obligación legal de realizar y mantener un sistema de comunicación y participación constante entre el SPA principal y los colaboradores. Este principio de colaboración está recogido en la norma para los acuerdos en materia de actividad sanitaria (arts. 8.1 d) y 8.2 RD 843/2011), pero debe ser extendido al resto de las subcontrataciones permitidas por la norma (art. 19.2 RSP). A este fin, y con el objetivo de lograr una actuación conjunta de todos aquellos que intervienen en la gestión de la prevención de riesgos laborales, el SPA principal deberá dar instrucciones claras sobre la manera de proceder y el contenido concreto de las tareas encargadas. Toda la planificación de esas actuaciones deberán constar por escrito, determinando los medios de coordinación que se van a utilizar. A esto hay que añadir la obligación de comunicación a la Autoridad Laboral acreditadora de la existencia de estos acuerdos de colaboración. A su vez, la Autoridad Laboral deberá comunicar a la Autoridad Sanitaria competente la existencia de dichos acuerdos. Esta es la única manera de que exista un control por parte de la administración de que se prestan los servicios preventivos en condiciones aptas y adecuadas.

Por último, resta por decir que ante tales prohibiciones y limitaciones de subcontratación, en la práctica, los operadores de este mercado actúan intentando ampliar el espacio de la excepcionalidad de forma que, cuando un SPA suscribe un concierto con una empresa cliente, muchas veces opta por gestionar con el cliente la concertación de otro SPA en aquellos lugares en los que el primero no dispone de

medios, o en los que, pese a poseerlos, no existe un interés objetivo en desempeñar las tareas preventivas. Con ello, no se desatienden las peticiones de los clientes; el SPA no realiza una subcontratación de actividades preventivas prohibida por la norma (porque se firma un nuevo concierto con el SPA propuesto por el primero)³³⁵; pero se desvirtúa, en cierto modo, el efecto deseado, que es que el SPA contratado se haga cargo de todas las actividades preventivas contratadas. No hay que olvidar, que no existe la prohibición de que la empresa pueda contratar a varios SPA para que realicen las mismas actividades preventivas por lo que, más que el primer SPA subcontrate con otro, lo que se hace es externalizar directamente determinadas actividades con otro SPA pero a través de la propia empresa cliente. No obstante, esta práctica, que puede usarse en el ámbito de la actividad sanitaria, tiene limitaciones y es la que se deriva del hecho de que las empresas tienen prohibida la externalización de actividades preventivas a empresas especializadas que no sean directamente a los SPA, por lo que actividades que requieran conocimientos especiales o instalaciones de gran complejidad, siempre tendrán que subcontratarse primero con el SPA y éste a su vez con la empresa especializada.

2.4. Recursos humanos y materiales suficientes y adecuados para la correcta constitución y funcionamiento de un Servicio de Prevención Ajeno

En el presente epígrafe se analiza de forma detallada el complejo entramado normativo que se ha ido generando con el paso de tiempo sobre los recursos con los que debe contar cualquier SPA para poder actuar como tal en el mercado. Se estudia, por tanto, el régimen jurídico de organización y funcionamiento interno de los SPA atendiendo a los problemas que ocasiona la aplicación de su complicada normativa, intentando dar soluciones adecuadas, tomando como referencia la finalidad de las normas reguladoras.

2.4.1. Los criterios para determinar la suficiencia de los medios y recursos en los SPA

La LPRL, el RSP y otras normas en esta materia, quizá no con el éxito deseado, han intentado anticiparse y establecer de forma general, bien los mínimos necesarios de recursos con los que debe contar obligatoriamente todo SPA, bien las situaciones que se consideran expresión de la insuficiencia o de la inadecuación de esos medios. Así se manifiesta, por ejemplo, en cuanto a la determinación de la concreta modalidad organizativa a implantar en función del tamaño de la empresa, respecto de la cual la propia norma parte de la base de que un tamaño concreto, requiere de una

³³⁵ Consulta Jurídica realizada el 3 de septiembre de 2008 a la Federación de Servicios de Prevención Ajenos (ASPA).

organización más compleja, esto es de un SPP, con mayor dedicación de recursos materiales y humanos; o cómo la peligrosidad de la actividad empresarial determina igualmente la exigencia de mayores previsiones organizativas a tenor de los mayores peligros que ocasiona los riesgos de esta actividad.

Concretamente y por lo que se refiere a la suficiencia y adecuación de los medios materiales y humanos de los SPA, hay que hacer mención al RSP y a la Orden TIN/2504/2010, de 20 de septiembre. Así, mismo, hay que tener en cuenta (aunque sin carácter vinculante) la Guía del INSHT sobre criterios de calidad de los servicios de prevención y, también, los criterios que a tal efecto inspiran la actuación de la ITSS. Por lo que se refiere a la actividad sanitaria llevada a cabo por los servicios de prevención, el RD 843/2011, de 17 de junio, por el que se establecen los criterios básicos sobre la organización de los recursos para desarrollar la actividad sanitaria de los servicios de prevención, así como su guía de aplicación³³⁶ también sirven para determinar, los medios que se consideran suficientes y adecuados para desarrollar las tareas sanitarias propias de la especialidad de la vigilancia de la salud.

Para medir la suficiencia y la adecuación de los medios materiales y humanos de un SPA se puede atender, como en el resto de las modalidades organizativas, al tamaño de las empresas que atienden, la peligrosidad de las actividades de sus empresas clientes, y a la distribución de los riesgos en esas empresas. Además, deberán tenerse en cuenta de forma inexcusable otros elementos como son, por un lado, la formación y especialización de sus componentes; el número de profesionales; su dedicación, exclusiva o no; y el tiempo que dedican a la prevención en un concreto SPA. Y por otro lado, la consulta a los representantes de los trabajadores como mecanismo de control de los medios utilizados, así como la propia negociación colectiva como instrumento para concretar, en el sector y/o la empresa, los recursos que permiten dar un adecuado cumplimiento a la función principal del servicio de prevención que no es otra que la de asesoramiento y apoyo.

Por último, una manifestación también de esa suficiencia y adecuación es la exigencia de que los servicios de prevención deben actuar con plena autonomía e independencia en el ejercicio de sus funciones con el objetivo de conseguir la realización de las actividades de prevención de una manera correctamente orientada al fin perseguido por la norma. Una adecuación que, en el caso de un SPA, queda predeterminada, por la acreditación que ha de obtener para poder poner en marcha esta actividad empresarial, y por la prohibición de las vinculaciones comerciales, financieras o de cualquier otro tipo con la empresa cliente, en los términos ya vistos y que pretende evitar que la actuación preventiva quede condicionada por otros intereses de tipo económico que no

³³⁶ Guía para la Aplicación del RD 843/2011 elaborada por la Asociación Española de Especialistas en medicina del Trabajo, en línea: http://www.aeemt.com/contenidos/Opinion/Guia_aplicacion_RD_843_2011.pdf

deben ser prioritario ni desplazar a la mejor tutela posible de la salud laboral. Por último, y aunque no de forma obligatoria en todos los casos, las empresas, en la medida en que deben someter sus sistemas de prevención a una comprobación que se dirige esencialmente a evidenciar que los medios de que se dispone y que se articulan para garantizar la seguridad, son los adecuados a los riesgos que la empresa soporta, serán una manera más de demostrar que las actividades preventivas que llevan a cabo los SPA en esas empresas con adecuados³³⁷.

Por otra parte, y como ya dijo en el primer capítulo, la interdisciplinariedad se configura como uno de los elementos clave para determinar la suficiencia y adecuación de los SPA. El art. 34 RSP establece cuatro especialidades preventivas que se relacionan con las funciones preventivas de nivel superior, siendo las cuatro necesarias para que los SPA puedan acreditarse como tal, algo que no ha sido así siempre. La Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo (2007-2012) apuntaba la necesidad de la mejora de la calidad de los SPA a través de la implantación de una serie de medidas entre las que se incluían la obligación de acreditarse en las cuatro disciplinas preventivas. Con el RD 337/2010, de 19 de marzo, se modifica el art. 18 RSP señalando que, en todo caso, las entidades deberían contar con la acreditación de la Autoridad Laboral en esas cuatro disciplinas estableciendo un periodo transitorio para los casos de los SPA que no contasen con la especialidad de Medicina del Trabajo; plazo que fue ampliado por el RD 843/2011, fijando como fecha última, el 5 de julio de 2013.

El carácter interdisciplinar implica ciertas ventajas especialmente para las empresas que contratan con un SPA las actividades preventivas ya que, en muchas ocasiones través de una única entidad especialidad externa, se podrá, gestionar y aplicar toda la normativa de prevención. Pero, por otro lado, plantea algunos problemas para los propios SPA. En primer lugar, el hecho de que la norma haya obligado a que los SPA tengan que acreditarse necesariamente para ejercer sus actividades preventivas, ha supuesto problemas de infraestructura y ciertas dificultades financieras; lo que ha llevado en algunos casos a su desaparición y en otros a la necesaria fusión con otros SPA para hacer frente a los gastos generados³³⁸. En segundo lugar, se había generado un problema de índole jurídico por el tenor literal de la norma en su redacción dada por el RD 337/2010, de 19 de marzo y que ha sido modificado recientemente por el RD 899/2015, de 9 de octubre. Anteriormente, el art. 18.2 a) RSP establecía que los SPA debían *“contar con la acreditación de la autoridad laboral competente en las especialidades o disciplinas preventivas de medicina del trabajo, seguridad en el*

³³⁷ Se trata de pasar un proceso de auditoría, que, no obstante, es voluntario cuando el SPA es la modalidad elegida en el entendimiento de que la acreditación ya sirve para garantizar su adecuación.

³³⁸ ASPA, Análisis del sector de los servicios de prevención ajenos, 2011. En línea: <http://www.aspaprevencion.com/archivos/estudio%20sector-carta.pdf> Plantea la dificultad que supone una inversión de este tipo para los SPA en lo que denomina un momento crítico.

trabajo, higiene industrial, y ergonomía y psicología aplicada". Si se atiende literalmente al texto de la norma, parece que el SPA no tendría la obligación de asumir el desarrollo de las actividades propias de las cuatro especialidades, es decir, tendría que acreditarse, pero no tenía por qué ofrecer las cuatro especialidades a las empresas. Sin embargo el texto recién aprobado, establece para el mismo precepto que dichas entidades deberán "*Contar con las especialidades o disciplinas preventivas de medicina del trabajo, seguridad en el trabajo, higiene industrial, y ergonomía y psicología aplicada*".

Esta nueva regulación, en coherencia con la unicidad de la acreditación exige que no sólo haya que acreditarse en las cuatro especialidades, sino que deben desarrollarse y ofrecerse a las empresas. De ahí que se haya eliminado la alusión a que deberán contar con la acreditación, y se haya establecido simplemente que deban contar con las especialidades preventivas. Si lo que se pretende es que los SPA dispongan de especialistas en todas las disciplinas con el objetivo de garantizar un enfoque interdisciplinar e integral, que es el que exige la norma³³⁹, no tenía mucho sentido, la interpretación que se estaba haciendo por parte de estos operadores, sobre todo tras la entrada en vigor de la Orden TIN/2504/2010, de 20 de septiembre y del RD 843/2011, de 17 de junio. Cumplir con los requisitos, tanto de personal como materiales, exigidos para la acreditación y la autorización, si finalmente ello no se traduce en que los SPA tengan que ofrecer las cuatro especialidades a las empresas clientes, no hubiera mejorado la situación previa en la que no era necesario acreditarse de las cuatro especialidades³⁴⁰. De esta manera se va a producir una mejora de la competitividad entre los propios SPA y, por ello y en lo que aquí interesa, va a contribuir a la mejora de la calidad en los servicios prestados.

³³⁹ CASTELLÁ LOPEZ, J. L., *Comentarios y Reflexiones sobre la modificación de la Ley y el Reglamento de los Servicios de Prevención*, Revista de Seguridad y Salud en el trabajo, núm. 57, 2010, pp. 39

³⁴⁰ La fórmula para garantizar la interdisciplinariedad de los SPA era hacer exigible que los SPA tuvieran las cuatro especialidades preventivas y que estuvieran en condiciones de ofrecérselas al empresario de modo que se pudieran valorar y prevenir todos los riesgos de las empresas no sólo desde una vertiente técnica, sino también con la inclusión de la perspectiva médica. Aunque fuera razonable que a la primeras entidades que se acreditaron a partir del año 1998, con la entrada en vigor del marco normativo preventivo, no se les exigiera la capacitación para el desarrollo de todas las actividades preventivas, dada la necesidad de la creación de tales entidades especializadas en prevención con no excesivos obstáculos, ha transcurrido el tiempo suficiente como para la exigencia de la interdisciplinariedad se haya reforzado en el sentido de, ahora sí, exigir esa capacitación y oferta interdisciplinar; lo que a su vez repercute directamente en la satisfacción de las exigencias de suficiencia y adecuación de los medios que los SPA deben poner a disposición de las empresas.

2.4.2. Recursos Humanos

A) El número de técnicos de prevención y el tiempo de dedicación como criterio de suficiencia cuantitativa.

Una de las manifestaciones más claras de esa dificultad de concreción de los conceptos de suficiencia y adecuación se puede observar en relación a la determinación del número de técnicos que deben formar parte de la plantilla de un SPA. Sobre esta cuestión hay que diferenciar, por un lado, el cumplimiento de los requisitos normativos mínimos para la acreditación del SPA y, por otro, el de los niveles de suficiencia y adecuación del SPA en cuanto a su actividad real a desarrollar. Pese a que ambas cuestiones deberían coincidir, no se puede obviar el hecho de que los niveles exigidos legamente son mínimos, esto es, el número de técnicos de prevención con los que, en todo caso, debe contar un SPA atendiendo a una serie de criterios. Lo que ocurre es que no necesariamente tiene que ser el número adecuado para cumplir sus funciones con el estándar de seguridad adecuado, o con un estándar de seguridad más elevado que mejore la calidad de los productos ofrecidos y de los servicios realizados. Pues bien, aun teniendo presente esta dualidad se analizará el número de recursos humanos mínimos exigidos por la Orden TIN/2504/2010, de 20 de septiembre, y se determinará cuando sea conveniente, si esos mínimos son suficientes en todos los casos o si habría que tener en cuenta otros criterios o particularidades.

Como ya se ha dicho en alguna ocasión, y como se traerá a colación en capítulos siguientes, especialmente en el tercer, donde se analizan detalladamente, el art. 31.4 LPRL viene a regular la suficiencia de la formación, dedicación y número de componentes de los servicios de prevención y de sus medios atendiendo a tres criterios: a) tamaño de la empresa; b) tipos de riesgos de los trabajadores; y c) distribución de riesgos. Concretando estos requisitos en lo que se refiere a los SPA, el art. 18.1 RSP establece los recursos humanos y materiales con los que deben contar para desarrollar adecuadamente las actividades preventivas, recogiendo varios criterios: a) tipo, extensión y frecuencia de los servicios preventivos que han de prestar los SPA; b) tipo de actividad desarrollada por los trabajadores de las empresas concertadas; y, c) ubicación y tamaño de los centros de trabajo. De su lectura se puede observar que se trata de una trasposición de los criterios generales para configurar un servicio de prevención, quedando, no obstante, reflejados también de una manera demasiado genérica.

Dando un paso más en la especificación de estos factores a los que se debe atender para comprobar si una SPA cuenta con los medios necesarios y suficientes, los arts. 18.2 y 18.3 RSP establecen ciertos elementos de obligado cumplimiento para los SPA y que son indicativos de suficiencia y adecuación. Por un lado, dejan claro que el SPA debe ofertar las cuatro especialidades preventivas, por lo que deberá tener medios

humanos y materiales que permitan el desarrollo de todas y cada una de ellas. Para ello, y en todo caso, será imprescindible que al menos el SPA cuente con un técnico superior de prevención de riesgos laborales para cada una de las especialidades técnicas y con un médico especialista en Medicina del Trabajo y un ATS/DUE de empresa; por otro lado, se establece que el SPA deberá contar con el personal necesario (nuevamente la indeterminación) para desarrollar funciones de nivel básico e intermedio y que queda a la absoluta discreción de estas entidades especializadas en prevención.

Ahondando un poco más en la cuestión del número de técnicos de prevención con que debe contar un SPA, hay que acudir a la norma que regula, por primera vez³⁴¹, la cuestión con algo más de detalle. Se trata de la ya mencionada Orden TIN/2504/2010, de 20 septiembre, en cuyo art. 1.1 y remitiendo al Anexo I se añaden dos elementos a tener en cuenta en la cuantificación de los técnicos. Por un lado, se establece como otro criterio el hecho de que la plantilla siempre deba contar con el número de técnicos resultantes del cálculo hecho conforme al Anexo I; lo que implica, básicamente que, obtenida acreditación, no se pueden eliminar recursos y que el hecho de despedir o extinguir una relación laboral de alguno de los técnicos lleva necesariamente a la contratación de otros con iguales o similares características formación y capacitación (todo ello, siempre que el resto de circunstancias no cambien). Por otro lado, el mismo precepto indica que, para el cálculo de los ratios, no se tendrá en cuenta el tiempo de presencia de los recursos preventivos ni tampoco el requerido para la coordinación de actividades empresariales, lo que da cuenta de que estas figuras preventivas aunque forman parte del entramado organizativo de la prevención no son, en sí mismas, una fórmula o modalidad organizativa. A continuación se analizarán todas estas cuestiones al hilo del mencionado Anexo I de la Orden TIN/2504/2010.

a) Cómputo de trabajadores atendidos: recursos necesarios en función del tamaño

Toda la regulación que se contiene en el Anexo I tiene por objeto determinar el número de técnicos necesarios para atender a todos los trabajadores de las empresas que conciertan las especialidades técnicas preventivas con el SPA. Para llegar a esta determinación será necesario establecer el número de trabajadores atendidos³⁴², para lo

³⁴¹ La anterior norma, ya derogada, la Orden de 27 de junio de 1997 no concretaba el número de técnicos necesarios para que el servicio se pudiera prestar con la calidad mínima, quedando a criterio de la autoridad laboral que lo tuviera que analizar para la concesión de la acreditación

³⁴² Para hacer el cómputo no se tendrán en cuenta los trabajadores autónomos que presten servicios en empresas clientes de los SPA, ya que la única obligación de prevención que se produce para la empresa cliente nace de la coordinación de actividades empresariales (art. 8 de la Ley 20/2007, de 11 de julio del Estatuto del Trabajador Autónomo). Caso distinto es el de los socios trabajadores de esas empresas clientes, que deberán asimilarse, igual que a efectos de Seguridad Social para darlos de alta en el

que la norma ha elegido una serie de criterios en relación con (a) la contabilización de trabajadores temporales y trabajadores de ETT; (b) los criterios sobre las especialidades concertadas; y, (c) el cómputo de técnicos de nivel intermedio y el de los técnicos a tiempo parcial.

Los trabajadores temporales se computarán según los criterios que, a efectos de determinar el número de delegados de prevención, se establece en el art. 35.3 LPRL. En este sentido, conviene recordar que, por un lado, los trabajadores vinculados por contratos de duración determinada superior a un año se computarán como trabajadores fijos de plantilla, y, por otro, que los trabajadores contratados por término de hasta un año se computarán según el número de días trabajados en el período de un año anterior a la designación. Y cada doscientos días trabajados o fracción se computarán como un trabajador más³⁴³. Por lo que se refiere a los trabajadores puestos a disposición de empresas usuarias por parte de una ETT, el Anexo I prevé que éstos se contabilicen en su totalidad como si formasen parte de la plantilla de la empresa usuaria, por lo que parece que no será determinante el tiempo que estos trabajadores temporales estén contratados para la empresa usuaria. Algo que no se comprende, ni se comparte, teniendo en cuenta que hay una regla de contabilización diferente para trabajadores temporales propios. No se entiende, además, por qué se ha optado por una regla diferente a la establecida en el art. 6.2 del RD 216/1999, de 5 de febrero de disposiciones mínimas de seguridad y salud en el trabajo en el ámbito de las empresas de trabajo temporal, en el que se regula la contabilización de trabajadores puestos a disposición haciendo un promedio trabajadores en los últimos 12 meses³⁴⁴. Así pues, sin razón aparente alguna, la misma norma hace diferenciaciones en el cómputo de trabajadores a efectos de determinación del número de expertos necesarios, en función de si el trabajador temporal es contratado directamente por la empresa cliente del SPA o si es un trabajador procedente de una ETT.

En cuanto a las especialidades, por cada una de ellas concertada se contabilizarán un tercio del número total de trabajadores obtenido conforme a las reglas anteriores. Si se

Régimen General de la Seguridad Social, a los trabajadores por cuenta ajena a efectos del cómputo de trabajadores que se atienden. No queda tan claro para el caso de los socios que no sean trabajadores de la empresa, entendidos estos como socios que no realizan ningún tipo de prestación en las instalaciones de la empresa. Parece razonable que si estos socios no van a estar presentes en esas empresas, no tengan que computarse a efectos preventivos.

³⁴³ En realidad se trata de la regla que regula el art. 72.2 ET prevista para el cómputo de los trabajadores temporales a efectos de determinar el número de representantes de los trabajadores. Al respecto se puede ver LANTARON BARQUÍN, D. “Comentario al art. 72 del ET” en CRUZ VILLALON, J.; GARCÍA PERROTE ESCARTÍN, I.; GOERLICH PESET, J. M. y MERCADER UGUINA, J. R., *Comentarios al Estatuto de los trabajadores*, Valladolid, Lex Nova, 3ª ed. 2014, pp. 820.

³⁴⁴ Art. 6.2 RD 216/1999 establece que: *Las empresas usuarias contabilizarán el promedio mensual de trabajadores puestos a su disposición por empresas de trabajo temporal en los últimos doce meses, con el fin de determinar los medios, recursos y modalidades de organización de sus actividades de prevención conforme a lo dispuesto en el capítulo III del Reglamento de los Servicios de Prevención*

conciertan las tres especialidades entonces computará el 100 por 100 de la plantilla. Para este cómputo solo se tendrán en cuenta las especialidades técnicas de Seguridad, Higiene y Ergonomía, y Psicosociología (en ningún caso la Medicina del Trabajo, ya que tiene su propia regulación de cómputo). Los técnicos que se calculan a través de esta fórmula podrán ser técnicos de nivel superior o de nivel intermedio; pero, en este último caso, sólo podrán ser como máximo el 50 por 100 del total de técnicos existentes.

A lo anterior hay que añadir que los técnicos pueden trabajar a jornada completa o parcial. En este último caso se computarán teniendo en cuenta la fracción de tiempo de trabajo que realicen para el SPA. La jornada a realizar por estos técnicos de prevención, deberá graduarse en función del número de trabajadores que finalmente deba atender el SPA, para lo que será necesario hacer el cálculo completo recogido en el Anexo I de la Orden TIN/2504/2010. Para el cálculo final de horas que debe realizar el técnico de prevención y, por tanto para determinar su jornada, habrá que tener en cuenta la jornada a tiempo completo regulada en los Convenios Colectivos que les sean de aplicación en cada caso³⁴⁵. No hay que olvidar que, también debería tenerse en cuenta el tiempo de presencia de los recursos preventivos, cuando el técnico de prevención del SPA sea a su vez recurso preventivo, o encargado de la coordinación de actividades empresariales. Se sobreentiende que las actividades preventivas de vigilancia y control que realizan estos sujetos son actividades a añadir a las que ya realizan los SPA debido a que los riesgos, los procesos o las condiciones de trabajo pueden ser especialmente peligrosas; y también porque la concurrencia de varias empresas hace más compleja la tarea preventiva. No obstante, estos sujetos no necesariamente coinciden con la figura del técnico de prevención, siendo sus funciones distintas en todo caso³⁴⁶, en cuyo caso no se tendrán en cuenta para determinar el número de trabajadores atendidos por el técnico de prevención.

³⁴⁵ I Convenio Colectivo Nacional de Servicios de Prevención (2008-2011) (BOE núm. 220 de 11 de septiembre de 2008), cuyo art. 15 establece una jornada completa de 1710 horas; II Convenio Colectivo de la Sociedad de Prevención FREMAP (BOE núm. 68, de 20 de marzo de 2014), cuyo art. 15 establece una jornada completa de 1692 horas para el año 2015.

³⁴⁶ Sobre el recurso preventivo hay que citar en primer lugar el Criterio Técnico de la ITSS 83/2010, de 5 de mayo de 2010, en línea: http://www.empleo.gob.es/itss/web/atencion_al_ciudadano/CRIT_TECNICOS/index.html y también se puede acudir a PARAMIO PARAMIO, A., *La figura del recurso preventivo: análisis del Real Decreto 604/2006, de 19 de mayo, por el que se modifican el Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, y el Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre*, Información laboral, núm. 29, 2006, pp. 2-34; LUQUE PARRA, M., *Recursos preventivos: una conceptualización compleja a la luz de las últimas reformas normativas*, Iuslabor, núm. 1, 2007, en línea: <http://www.upf.edu/iuslabor/012007/SeguridadSalud.pdf>. Sobre el coordinador de seguridad y salud; SANCHEZ DE LA ARENA, M.A., “Las obligaciones de coordinación y cooperación entre empresas derivadas de la subcontratación en el sector de la construcción”, en MERCADER UGUINA, J. R. (coord.), *Contratas y Subcontratas en el sector de la construcción*, Valladolid, Lex Nova, 2008, pp. 183-208.

b) Tarifa de primas y Tarifa promedio: recursos necesarios en función de la peligrosidad

Una vez calculado el número de trabajadores a los que se va a prestar el servicio por el SPA, hay que calcular la tarifa promedio de las tarifas de primas de las empresas atendidas, lo que permite tener en cuenta la peligrosidad de las actividades; todo ello teniendo como referente la tarifa de primas para la cotización a la Seguridad Social. Ésta será la recogida en el Código CNAE 2009 (Clasificación Nacional de Actividades Económicas) que establece los tipos de cotización asociados a cada actividad³⁴⁷. El Código CNAE 2009 establece los tipos de cotización por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales (cotización por contingencias profesionales) de forma que lo que se tiene en cuenta precisamente para su establecimiento es la peligrosidad y gravedad de los riesgos de las distintas actividades económicas en las que se divide y subdivide, siendo los porcentajes más altos para las actividades, en principio, que se han considerado más peligrosas.

Para entender la razón de ser de esta regulación hay que tener en cuenta que los tipos de cotización equivalen al tipo impositivo en la terminología tributaria y consisten en el porcentaje que, proyectado sobre la base de cotización, da como resultado la cuota a ingresar en la Tesorería General de la Seguridad Social³⁴⁸. Ahora bien, mientras la cuota por contingencias comunes se calcula aplicando sobre la base de cotización un tipo fijo, la cuota por contingencias profesionales es el resultado de aplicar sobre la correspondiente base la denominada “*tarifa de primas*”, que establece porcentajes distintos en función de la actividad de la empresa y de la ocupación desempeñada por los trabajadores³⁴⁹.

En definitiva, la tarifa por contingencias profesionales no es sino un conjunto de tipos de cotización adaptados a la especificidad de la siniestralidad media que denote el tipo de trabajo de que se trate y su existencia se debe a razones puramente económicas (actuariales), destinadas a garantizar la financiación del sistema³⁵⁰. Y esta regulación

³⁴⁷ El código CNAE es el fijado en la Disposición Adicional Octava de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para 2010. En el Anexo I de la Orden TIN/2504/2010, se establece expresamente que, una posible modificación del Código CNAE no implicará una modificación de los cálculos ya hechos a efectos de determinación de los recursos humanos de los SPA. Así pues, para la determinación de las ratios de recursos humanos de los servicios de prevención se tendrá en cuenta el Código CNAE de 2009.

³⁴⁸ ALMANSA PASTOR, J. M., *Derecho de la Seguridad Social*, Madrid: Tecnos, 4ª. Ed., 1984, vol. I, pp. 454.

³⁴⁹ VALLE DE JOZ, J. I., “Comentario al art. 108 LGSS. Cotización por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales”, en GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J. R. (dirs). *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*, Navarra, Cizur Menor: Lex Nova Thomson Reuters, 2015, pp. 552.

³⁵⁰ VIDA SORIA, J., “Las peculiaridades en la protección contra accidentes de trabajo en el sistema de la Seguridad Social”, en AA.VV, *Cien años de seguridad social: a propósito de la ley de accidentes de*

autónoma e independiente de los tipos de cotización por contingencias profesionales, que se encuentra en los mismos orígenes de la protección social, explica el que terminológicamente se siga hablando de prima de accidentes (arts. 144.6 y 146 LGSS), cuando se trata de un concepto típico del seguro privado³⁵¹ y ello aun cuando el art. 19.3 LGSS reconozca que las primas correspondientes a las contingencias profesionales tendrán a todos los efectos la condición de cuotas de la Seguridad Social. De hecho, la doctrina más solvente ha definido la prima de accidentes como el precio que el asegurador (en INSS o la Mutua) percibe como contraprestación cierta de la suya, aleatoria, de asumir la responsabilidad del asegurado si el siniestro acaece, subrogándose en su lugar³⁵².

Mientras la cuota alude a la aportación individual a un fondo común (partiendo de la asociación de una pluralidad de sujetos sometidos a un mismo riesgo, con el fin de que cuando el daño afecte a uno de ellos, todos soporten proporcionalmente la carga económica resultante), la prima refiere a la transferencia del riesgo a un tercero. Mientras ésta es propia de la técnica del seguro; aquélla era característica de las sociedades de socorros mutuos o mutualidades³⁵³.

El propio art. 146.1 LGSS (que se pronuncia en los mismos términos que el antiguo art. 108 LGSS 1994) admite que la cotización por contingencias profesionales pueda ser diferente para las distintas actividades económicas, computando a tal efecto “*el coste de las prestaciones y las exigencias de los servicios preventivos y rehabilitadores*”³⁵⁴. Pues bien, haciendo uso de esta habilitación normativa, la DA 4.ª Ley 42/2006³⁵⁵, que vino a sustituir el RD 2930/1979³⁵⁶, establece una nueva tarifa de primas por la que se asignan tipos de cotización diferentes en razón de la actividad económica desarrollada por la empresa o por el trabajador autónomo, conforme a la Clasificación Nacional de Actividades Económicas (CNAE-2009, aprobada por RD

trabajo de 30 de enero de 1900, Madrid, Fraternidad Muprespa, 2000, pp. 52. Criticando, sin embargo, este sistema por insolidario Gonzalo González, Bernardo y López Cumbre, Lourdes, «Aspectos críticos de la protección de los riesgos profesionales en el sistema de la Seguridad Social». En: AA VV, *Cien años de seguridad social: a propósito de la ley de accidentes de trabajo de 30 de enero de 1900*. Madrid: Fraternidad Muprespa, 2000, p. 137: «¿Quién aceptaría, por ejemplo, que los trabajadores solteros y sus empresas estuvieran exentos de cotizar por la fracción del tipo correspondiente a la rama de prestaciones familiares o que los asegurados con mayor número de hijos cotizaran más al seguro de protección familiar?».

³⁵¹ ARAGÓN GÓMEZ, C. *La prestación contributiva de Seguridad Social*, Valladolid, Lex Nova Thomson Reuters, 2013, pp. 101.

³⁵² ALONSO OLEA, M y TORTUERO PLAZA, J. L., *Instituciones de Seguridad Social*, Madrid, Civitas, 18ª ed., 2002, pp. 163.

³⁵³ ARAGÓN GÓMEZ, C., *La prestación contributiva de Seguridad Social*, op. Cit., 229.

³⁵⁴ De hecho, esta cotización no uniforme existe desde el propio establecimiento del aseguramiento obligatorio de los accidentes de trabajo.

³⁵⁵ Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2007.

³⁵⁶ RD 2930/1979, de 29 de diciembre, por la que se establecía la tarifa de primas para la cotización a la Seguridad Social por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

475/2007³⁵⁷ y a los códigos que en la misma se contienen en relación con cada actividad.

Además, la cotización por contingencias profesionales se concreta en una aportación exclusiva del empresario (art. 141.3 LGSS), siendo nulo todo pacto, individual o colectivo, por el cual el trabajador asuma la obligación de pagar total o parcialmente la prima o parte de cuota a cargo del empresario (art. 143 LGSS). Lo que encuentra su explicación en la doctrina de la responsabilidad objetiva que se encuentra en los orígenes de la protección social³⁵⁸.

La competencia para determinar estos porcentajes se atribuye al legislador (art. 19.3 LGSS) que deberá revisar anualmente la correspondiente tarifa en función de la siniestralidad del sector (DA 4ª. Cuatro Ley 42/2006). En la actualidad, estos tipos de cotización oscilan entre un mínimo de un 0,90% (previsto para las empresas dedicadas a la confección de prendas de vestir) y un máximo de un 7,15% (establecido para las empresas que realizan trabajos habituales en interior de minas); diferencia que, como ha advertido la doctrina³⁵⁹, resulta considerablemente menor que la que existía entre los tipos mínimo y máximo de la tarifa prevista en el RD 2930/1979³⁶⁰.

El problema se plantea con la propia regulación establecida en el Anexo I de la Orden TIN/2504/2010, de 20 de septiembre, que indica expresamente que una posterior modificación de la Tarifa de Primas, no implica un cambio en este elemento para el cálculo de los ratios, por lo que se tendrá en cuenta lo publicado en el BOE de 2009. Esto tiene la ventaja de estabilizar las referencias mediante criterios y baremos permanentes que no quedan afectados, y que redundan en un mayor grado de certeza

³⁵⁷ Real Decreto 475/2007, de 13 de abril, por el que se aprueba la Clasificación Nacional de Actividades Económicas 2009

³⁵⁸ El principal logro de la Ley sobre accidentes de trabajo de 30-1-1900 fue el traslado al empresario de las consecuencias del accidente de trabajo, con independencia del nivel de precaución que hubiera adoptado frente al daño. El problema fue que la ley se limitó a facilitar al empresario la posibilidad de asegurar su responsabilidad mediante la concertación de un seguro de carácter privado con una compañía mercantil o con una mutua patronal. Hubo que esperar tres décadas para que el Decreto de 8 de octubre de 1932 impusiera la obligatoriedad del aseguramiento empresarial, pasando así del sistema de responsabilidad civil al sistema de seguro social. Pero se trataba de un seguro de responsabilidad empresarial y no un seguro de accidentes a favor de los trabajadores, y por ello la financiación corría exclusivamente a cargo del empresario. La responsabilidad empresarial era, en definitiva, el objeto inmediato del aseguramiento y de ahí que el empresario asumiera, a la vez, el papel de tomador del seguro y de asegurado.

³⁵⁹ FERRANDO GARCÍA, F., “Cotización por contingencias profesionales”, en FERRANDO GARCÍA, F (coord.), *La reforma de la Seguridad Social: (el acuerdo de 13 de julio de 2006 y su ulterior desarrollo normativo)*. Albacete, Bomarzo, 2007, pp. 61.

³⁶⁰ Real Decreto 2930/1979, de 29 de diciembre, por el que se revisa la tarifa de primas para la cotización a la Seguridad Social por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales (BOE 8-1-1980, núm. 7).

jurídica si bien es cierto que el Código CNAE no se ha modificado en exceso³⁶¹, por lo que, si se produjera algún cambio, especialmente con las actividades con los tipos más altos, ello podría justificar, sin particular merma de la seguridad jurídica, una adaptación de los cálculos hechos hasta el momento respecto del número de técnicos de prevención necesarios, especialmente en aquellos SPA que se dedican a realizar actividades preventivas en empresas con cierto grado de peligrosidad³⁶². Así pues, un cambio de tarifas significaría un acercamiento a la realidad empresarial, aumentando o disminuyendo los tipos de cotización en función de la evolución de los sectores y de las actividades económicas. Cuestión que, sin duda, debería influir en la determinación final de los medios a utilizar por los SPA que, como se ha indicado páginas antes, deberán actuar con suficiencia y adecuación a la peligrosidad de las empresas y sectores en los que presten servicios.

Además, atender solamente al Código CNAE quizá pueda resultar insuficiente, teniendo en cuenta que hay otras normas donde se regulan actividades peligrosas y donde no necesariamente hay una correlación entre esas actividades peligrosas y los tipos más altos del Código CNAE³⁶³. En este sentido, y aunque se deba tener en cuenta, podría hacerse una interpretación y aplicación conjunta del Código CNAE junto con otras normas, modificando los porcentajes en los casos de mayor peligrosidad. Estas normas a las que se hace referencia son el elenco de actividades reguladas en el Anexo I del RSP; o los casos del Anexo II del RD 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción; o los trabajos y actividades peligrosas que se regulan en la normativa específica para ETT; o, incluso, en relación con las empresas que muestren mayores índices de siniestralidad, o que tengan, no sólo una peligrosidad relevante,

³⁶¹Tras la aprobación de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado, se actualizan los siguientes códigos CNAE para el año 2014: el 19, el 62, el 70 y el 99.

³⁶²Por último, hay que tener en cuenta que de conformidad con el art. 146.3 LGSS, la prima de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales se puede reducir en el supuesto de empresas que se distingan por el empleo de medios eficaces de prevención. De igual forma, la cuantía puede aumentarse en el caso de empresas que incumplan sus obligaciones en materia de higiene y seguridad en el trabajo (Reiterando lo que ya disponía el artículo 72.3 LSS 1966, artículo 72.3 LGSS 1974 y artículo 108.3 LGSS 1994). No obstante lo anterior, la reducción no podrá exceder de un 10% de la cuantía de las primas y el aumento podrá llegar incluso hasta el 20%, en caso de reiterado incumplimiento de este tipo de obligaciones. La materialización de esta posibilidad de incrementos o reducciones en las cuotas, en atención a la siniestralidad laboral de la empresa, se ha llevado a efecto con el Real Decreto 404/2010, de 31 de marzo, por el que se regula el establecimiento de un sistema de reducción de las cotizaciones por contingencias profesionales a las empresas que hayan contribuido especialmente a la disminución y prevención de la siniestralidad laboral desarrollado por la Orden TIN/1448/2010, de 2 de junio.

³⁶³Un ejemplo de ello es el código 75 que establece un porcentaje de 2,60 cuando al tratarse de actividades sanitarias se podrían manipular agentes biológicos de los grupos 3 y 4 que son considerados peligrosos en el RSP. Lo razonable sería que tuvieran un porcentaje más próximo al que se establece para actividades de construcción o de determinados tipos de industria.

sino una organización compleja (de acuerdo con la Disposición Adicional Duodécima del RSP que regula las actividades peligrosas a efectos del Texto de la LISOS).

Volviendo a la cuestión central, a partir de la tarifa de primas hay que obtener la tarifa promedio que a su vez, evidencia la peligrosidad media de las empresas atendidas por un SPA. Para ello se multiplica la tarifa de primas de la concreta actividad por el número de trabajadores de cada empresa que se dedique a esa actividad. Después se realiza el sumatorio de este producto y se divide por el total de los trabajadores atendidos por el SPA. Sobre esta cuestión, hay que tener en cuenta si el SPA presta servicio a empresas que tienen asignado uno o más Códigos CNAE. En el primer caso, no se plantea problema alguno, pero, cuando una empresa tiene más de un Código CNAE hay dos posibles aplicaciones: una, y con el fin de que el cálculo sea fiel reflejo de la realidad, considerar cada CNAE y los trabajadores adscritos a ese CNAE como empresas independientes dado que de no hacerlo así, el producto de la tarifa multiplicada por el número de trabajadores de esa empresa no sería completamente real; y otra, se puede optar por elegir la tarifa más alta de todas las aplicables a la empresa multiplicada por el número total de trabajadores de la empresa. En este caso, sin embargo, además de no reflejar realmente la realidad, el valor resultante sería el más desfavorable para el SPA, pudiendo llegar a producir un sobredimensionamiento de los recursos, especialmente si las diferencias entre los valores de tarifas son muy elevados y el número de trabajadores también lo fuera. En consecuencia se consideraría que las empresas atendidas son más peligrosas de lo que realmente son, y habría más técnicos de los que realmente son necesarios. En todo caso, el apartado Segundo de la Disposición Adicional Octava de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para 2010, establece que cuando en una empresa concurren junto a la actividad principal otra y otras que sean auxiliares el tipo de cotización será el establecido para la principal; y cuando la actividad principal concorra con otra que implique producción de bienes y servicios que no se integren en el proceso productivo de la principal el tipo de cotización aplicable será el previsto para cada caso teniendo en cuenta los trabajadores que realizan unas y otras actividades.

Una vez obtenida la tarifa promedio, el Anexo I de la Orden TIN ha establecido un baremo, en función del valor resultante, de trabajadores que, como máximo, pueden ser atendidos por un técnico de prevención, se entiende que a jornada completa. Así, si la tarifa promedio es menor o igual a 1,5, el máximo de trabajadores atendidos por un técnico a jornada completa será de 2.400; si la tarifa es mayor que 6, el número de trabajadores atendidos será como máximo 600; y si la tarifa oscila entre 1,5 y 6, ese número máximo de trabajadores atendidos por un técnico de prevención será el resultado de dividir 3.600 entre la tarifa promedio. El problema que podría plantear tal fórmula es que el único elemento o criterio que tiene en cuenta es la peligrosidad de las actividades realizadas por las empresas. El legislador entiende que el técnico tiene que prestar servicios a un número de menor de trabajadores cuando la actividad es

peligrosa porque presupone que el tiempo de dedicación necesario (suficiente y adecuado) tiene que ser mayor.

Y esto no es que sea un mal criterio, todo lo contrario, el problema es que no tiene en cuenta otros criterios con los que se debería modular el resultado. Por ejemplo, se debería tener en cuenta el número de empresas a atendidas por el técnico, ya que atender muchas empresas pequeñas, aunque estas sean poco peligrosas, también tiene un factor de complejidad importante, porque no es lo mismo gestionar una o dos empresas, que gestionar las problemáticas de muchas microempresas³⁶⁴. También se debería tener en cuenta las especialidades que el técnico cubre en cada empresa, esto es, si el técnico cubre las tres especialidades, o sólo alguna de ellas, con lo que otros técnicos también atenderán al mismo número de trabajadores. Por último, también habría que corregir el resultado en función del número de centros de trabajo que tenga la empresa y en función de la ubicación geográfica de esos centros y del SPA. Estos dos últimos criterios sí que son tenidos en cuenta por la norma, de forma que el resultado obtenido se tiene que modificar en función de lo previsto.

c) Criterios que corrigen los cálculos obtenidos

El cálculo realizado conforme a lo dicho, ha de corregirse en función de dos factores que la norma ha considerado relevantes: el tamaño medio de los centros de trabajo y la lejanía de los centros de las instalaciones del SPA.

El número máximo de trabajadores a atender por un único técnico aumentará o disminuirá de acuerdo con tamaño medio de los centros de trabajos atendidos por el SPA. Para obtener este dato, hay dividir el número total de trabajadores atendidos entre el número total de centros de trabajo a lo que el SPA presta servicio, obteniendo de esta forma el número medio de trabajadores por centro. Este primer factor de corrección se basa en la idea de que, para un mismo número de trabajadores y para una misma prestación de servicio, se requiere más atención a medida que aumenta el número de empresas o centros de trabajo. Al resultado obtenido se le aplica el baremo que el Anexo I ha establecido. Así, si el resultado es de menos de 4 trabajadores por centro, se reducirá en un 25% el número máximo de trabajadores que puede atender un técnico a jornada completa; si los centros tienen de media entre 4 y 8 trabajadores, se reducirá en un 10%; si los centros tienen entre 8 y 16 trabajadores, no se producirá ningún tipo de variación; si tienen entre 16 y 32 trabajadores, aumentará el número máximo de trabajadores que puede atender un técnico a jornada completa en un 10%; y, por último, si los centros tienen más de 32 trabajadores de media, aumentará la ratio de trabajadores a atender como máximo en un 25%. Este criterio tiene en cuenta no

³⁶⁴ Requieren más atención y por tanto más tiempo de dedicación 500 trabajadores repartidos en 50 empresas o centros de trabajo, que 500 trabajadores repartidos en 5 empresas o centros de trabajo.

sólo la existencia de centros de trabajo (que lo toma como centro de imputación objetiva, también a estos efectos), sino la propia existencia del tamaño de las empresas a través del tamaño de los centros de trabajo. Sin duda un acierto del legislador que completa con el siguiente criterio corrector.

El otro factor de corrección añadido por el Anexo I se refiere, como se ha dicho, a la lejanía de los centros a las instalaciones del servicio. De forma que, del resultado obtenido una vez aplicada la corrección derivada del factor anterior se deberá reducir el número de trabajadores resultante cuando el 10% de estos trabajadores fueran atendidos en instalaciones que no estén en la misma provincia, en una provincia limítrofe, o en la misma isla. Este factor no se tendrá en cuenta cuando los trabajadores atendidos por el SPA que estén fuera del límite geográfico establecido sea menor del 10%. El porcentaje de trabajadores que se deberá reducir será igual al porcentaje de trabajadores atendidos fuera del límite geográfico (instalaciones que no estén en la misma provincia, o en provincias limítrofes o en la misma isla).

d) Ejemplo práctico del cálculo de los profesionales suficientes en un SPA

Dada la dificultad de la norma de la definición del cálculo de los recursos humanos y sus posibles problemas o las cuestiones que plantean, resulta conveniente tener un ejemplo en el que se puede comprobar todo lo que se ha comentado al respecto.

Supongamos que hay que calcular los recursos humanos correspondientes a un SPA que atiende a empresas de los sectores y número de trabajadores del siguiente cuadro.

CNAE	Actividad Económica	Tarifa	Nº de Trabajadores	Tarifa por núm.de trabajadores
1420	Fabricación de artículos de peletería	2,60	35	91
1629	Fabricación de productos de madera, artículos de corcho, cestería y espartería	4,10	12	49,2
204	Fabricación de jabones, detergentes y otros artículos de limpieza; Fabricación de perfumes y cosméticos	2,70	62	167,4
41	Construcción de edificios	6,7	20	134
452	Mantenimiento y reparación de vehículos a motor	4,45	86	382,7
4624	Comercio al por mayor de cueros y pieles	3,30	15	49,5
9104	Actividades de jardines botánicos, parques zoológicos y reservas naturales	2,95	9	26,5

Total Trabajadores = 239

Total Tarifa X Número de trabajadores = 900,3

$$\text{Tarifa Promedio} = \frac{\text{Total Tarifa X Número de trabajadores}}{\text{Número de Trabajadores}} = 3,8$$

Se trata de una tarifa promedio que se encuentra entre 1,5 y 6, hay que aplicarle lo previsto en los Ratios en función de la peligrosidad, de tal forma que se encuentra en el segundo Ratio:

Entre 1,5 y 6 \longrightarrow Ratio es $\frac{3600}{\text{Tarifa Promedio}} = \frac{3600}{3,8} = 947,37$

Así pues, a priori, el número máximo de trabajadores atendidos por técnico de prevención, siempre que estuviera a jornada completa, sería de 947,37.

Pero esta cantidad debe ser matizada en función de los criterios que la norma establece de tamaño medio de los centros atendidos y la lejanía de los centros a las instalaciones del servicio.

$$\text{Tamaño medio de los centros} = \frac{\text{Nº trabajadores}}{\text{Nº total de centros}^*} = \frac{239}{35} = 7$$

*Supongamos que atiende a un total de 35 centros de trabajo

7 es valor comprendido entre 4 y 8 establecido en la norma por lo que habría que aplicar el factor de corrección de -10% a 947,37 = **852,6**

Ahora, un técnico de prevención a jornada completa sólo podría atender a 852,6 trabajadores, ya que se trata de un SPA que atiende a empresas con varios centros de trabajo. Por otro lado, supongamos que hay un 15% de trabajadores atendidos que no están en la misma provincia donde se encuentran las instalaciones del SPA. En este caso la Ratio habrá que reducirla en ese mismo %, es decir, en un 15%.

$$15\% \text{ de } 852,6 = 127,89 \longrightarrow 852,6 - 127,9 = \mathbf{724,7}$$

Será en número máximo de trabajadores atendidos por técnico a jornada completa.

Dado que en este SPA atienden a un total de 239 trabajadores y el número máximo de trabajadores que podrían ser atendidos por un técnico es de 724,7 podemos decir que 239 trabajadores representa un 33% respecto de los 724,7 trabajadores que como máximo puede atender. Así pues un técnico de prevención a jornada completa tendría una carga de trabajo del 33% del total. Para calcular las horas por trabajador y año que tendría que dedicar un técnico de prevención para cumplir con la norma habría que tener en cuenta la jornada completa y aplicarles el % obtenido del número de trabajadores que como máximo pueden ser atendidos.

Supongamos que la jornada completa es de 1710 horas al año (según convenio todavía vigente de los servicios de prevención ajenos)

$$1710 \times 0,33 = 564,3 \text{ horas de dedicación al año de un técnico de prevención}$$

En función de este resultado, el SPA puede decidir la contratación de técnicos para las especialidades de seguridad, higiene y ergonomía y psicología, ya que la medicina de trabajo no se gestiona de la misma manera.

B) El criterio de la suficiencia y las reglas del cálculo de los recursos humanos de los SPA.

La regulación introducida por el art. 1 y el Anexo I de la Orden TIN/2504/2010, de 20 de septiembre en cuanto a los recursos humanos de los SPA ha venido a fortalecer el criterio de la suficiencia cuya precisión quedaba, hasta ese momento en manos de los organismos acreditadores o, en su caso, de la ITSS. Sin embargo, hay elementos que, pese a todo, no han sido tenidos en cuenta. Por estas y otras razones, ha de considerarse que la regulación contenida en esta norma respecto del número de técnicos de prevención con los que deben contar un SPA es una regulación de mínimos obligatorios exigibles para obtener la acreditación, pero que deberían ser matizados teniendo presente la exigencia general de la suficiencia y de la adecuación de tales medios humanos. Los referentes para determinar la suficiencia y la adecuación de los medios puestos en funcionamiento por el SPA son tres: el cuantitativo, establecido a partir del número de trabajadores a atender; el cualitativo, referido a la peligrosidad; y además, el tamaño de los centros de trabajo atendidos y la distancia a la que se encuentran de las instalaciones del SPA. En relación, sin embargo, con alguno de estos referentes hay aspectos que no se han tenido en cuenta, y que conviene precisar. Otros ya se han comentado al hilo de su estudio en los epígrafes anteriores.

Varios son esos elementos que debieran tenerse en cuenta y a los que la norma no hace referencia. En primer lugar, la norma no hace mención alguna al momento en el que se han de hacer los cálculos; lo que se agrava respecto de la necesaria valoración continua de los medios humanos con los que debe contar el SPA. Es claro que los SPA deberán cumplir los requisitos que la Orden TIN/2504/2010, de 20 de septiembre establece para poder acreditarse³⁶⁵. Pero, una vez obtenida la acreditación, siendo las empresas clientes entes dinámicos y cambiantes, los SPA también deben serlo, adaptándose a las modificaciones de las empresas con las que tienen conciertos; por no tener en cuenta algo, por demás normal, como es que el SPA celebre nuevos conciertos con otras empresas, o que se produzcan bajas de algunos de los clientes.

En este sentido, el art. 4 de la Orden TIN/2504/2010, de 20 de septiembre ha previsto una regla de comprobación del mantenimiento de los requisitos de funcionamiento; lo que sucede es que esa comprobación depende de la iniciativa del propio SPA que debe comunicar la variación de los datos a la Autoridad Laboral, ya sea directamente, ya sea a través del Registro de Empresas de Servicios de Prevención Ajenos (SERPA)³⁶⁶. Es

³⁶⁵ Disposición Transitoria primera y cuarta de la Orden TIN/2504/2010, de 20 de septiembre y art. 28 RSP, en las que se regula el plazo de adaptación a los nuevos requisitos de la norma y la forma de comunicación a la autoridad, por medios electrónicos y ya en la actualidad a través del registro de las entidades especializadas de prevención (SERPA).

³⁶⁶ Como desarrollo a las modificaciones efectuadas en el Reglamento de los Servicios de Prevención por el Real Decreto 337/2010, el Ministerio de Empleo y Seguridad Social ha desarrollado una

decir, que son las propias entidades de prevención las que han de poner en conocimiento de la Autoridad Laboral la modificación de las circunstancias que determinan el mantenimiento de los requisitos exigidos en el momento de la acreditación. A este respecto, quizá hubiera sido conveniente establecer, además, unos periodos temporales en los que se hubiera de acreditar periódicamente el cumplimiento de estos requisitos; de la misma forma que se establece una cierta cadencia o repetición de las auditorías de prevención en las empresas que cuentan con un SPP o en las que sea el empresario el que realice directamente algunas actividades preventivas o, en los casos en los que tenga trabajadores designados que se encargan de la organización de la prevención.

En segundo lugar, hubiera sido conveniente que la norma regulase en número de recursos preventivos y de coordinadores de seguridad y salud con los que debe contar el SPA cuando ofrece este servicio a sus empresas clientes. Es correcto que la Orden TIN/2504/2010, de 20 de septiembre no los haya incluido a efectos del cálculo de los ratios de técnicos de prevención ya que estos sujetos realizan actividades preventivas distintas y no son, en esencia, modalidad organizativa; pero ello no empece a la conveniencia de una regulación más clara en aras mejorar la seguridad jurídica. Dada esta falta de concreción, parece lógico acudir a los criterios que se han utilizado para establecer el número de técnicos superiores e intermedios. Es decir, tener en cuenta el número de trabajadores a atender, ahora sólo respecto de las empresas que necesitan y contratan recursos preventivos y coordinadores de seguridad; valorar la peligrosidad de las actividades a las que se van a adscribir estos sujetos; y, por último, determinar el número de centros de trabajo que, entre todas esas empresas, habría que atender. Lo que no ha de tenerse en consideración, en cambio, es el referente de la lejanía de los centros de las instalaciones del SPA ya que, tanto el recurso preventivo como el coordinador de seguridad, deberán estar presentes de forma constante en el centro de trabajo donde se les requiera.

En tercer lugar, y siguiendo con el número de técnicos de prevención, no hay que olvidar que en todo caso, y previamente a la realización de cualquier cálculo, la obligación del SPA es la de tener un técnico de prevención por cada especialidad, por lo que deberá tener, al menos tres técnicos y, respecto de la especialidad de medicina del trabajo, una Unidad Básica Sanitaria (UBS) integrada por un médico del trabajo y un enfermero laboral (en este caso, además habrá que contar con los requisitos establecidos en la normativa reguladora de los aspectos sanitarios de los servicios de

aplicación informática llamada SERPA. El SERPA es la base de datos donde las autoridades laborales y sanitarias, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, así como los órganos técnicos territoriales en materia de seguridad y salud en el trabajo, pueden consultar toda la información disponible sobre la entidades especializadas acreditadas como servicios de prevención ajenos y sus clientes.

prevención). De nuevo, una regulación poco concreta que permite a los SPA que gestionen sus recursos sin necesidad de cumplir de forma rigurosa con la finalidad de la norma preventiva porque, aunque el art. 18.2 b) RSP está pensando en la necesidad de que haya un técnico por cada especialidad (entendiendo que cada uno de ellos prestará servicios en todas las empresas en relación con la especialidad para la que está contratado), la realidad es que los técnicos de prevención (y aún más con la nueva regulación formativa de las funciones de nivel superior) pueden, y suelen, poseer las tres especialidades técnicas. Por este motivo, el técnico que presta servicios de asesoramiento y apoyo en una empresa lo suele hacer en las tres especialidades, a salvo, se quiere entender, de que haya alguna actividad concreta que requiera de algún conocimiento más específico que deba llevar a cabo otro técnico del SPA que posea la formación y capacitación necesaria a esos efectos.

Para concluir, con la entrada en vigor de las más recientes reformas legislativas en materia de prevención de riesgos laborales, la precisión en torno a la suficiencia y adecuación de los recursos humanos de que debe disponer un SPA ha avanzado a pasos agigantados en comparación con la regulación anterior, sin que ello signifique que no sea necesario tener en cuenta otros factores o a veces modular de una manera racional los criterios que se aplican a las realidades empresariales concretas. No hay que olvidar que la finalidad de las normas de prevención no es el estricto cumplimiento formalista de las mismas, sino conseguir el objetivo de una protección eficaz de la seguridad y la salud laboral.

C) La formación de los profesionales de la prevención como elemento clave para el cumplimiento del requisito de adecuación de la organización preventiva

Las normas y los principios de la organización de la prevención exigen, no sólo contar con un número suficiente de técnicos, sino que además éstos posean las cualificaciones necesarias para poder llevar a cabo las tareas que les son encomendadas. La LPRL, en su art. 31.4, viene a establecer también que la formación, la especialidad y la capacitación de los recursos personales deberán ser suficientes y adecuados. Nuevamente, se puede aludir a la imprecisión con la que la Ley hace referencia a una cuestión tan importante como es la cualificación y la formación que necesariamente deben poseer los profesionales de la prevención. El RSP, por su parte, al hilo de la determinación de las funciones que deben realizar los técnicos, regula los tres niveles formativos que pueden existir en prevención de riesgos laborales. Por un lado, el art. 35 y el Anexo IV, establecen las funciones y el contenido mínimo del programa de formación para el desempeño de las funciones de nivel básico; el art. 36 y el Anexo V, hace lo propio para el nivel intermedio; y por último, el art. 37 y el

Anexo VI, regula las funciones y el contenido mínimo del programa para la formación del nivel superior³⁶⁷.

Dos son las perspectivas desde las que puede analizarse la formación. Por un lado como obligación del empresario respecto de sus trabajadores y como deber del trabajador³⁶⁸; y, por otro, como elemento vinculado al personal con funciones preventivas dentro de la organización de la empresa. En este sentido, el ámbito del derecho a la formación se amplía, incluyendo: al personal con funciones de mando o con funciones directivas, para los que la formación también deberá ser especializada; al personal encargado de situaciones de emergencia y primeros auxilios; al personal que forma parte del sistema o modalidad elegida por el empresario para organizar la actividad preventiva; o, en definitiva, a cualquier otra persona que pueda tener funciones de prevención dentro de la empresa (recursos preventivos, coordinadores de seguridad, e incluso los representantes de los trabajadores en materia de prevención). En el caso de las personas que se encarguen de gestionar la prevención dentro de la empresa, y que formen parte de la organización preventiva, hay que analizar la formación de prevención, tanto del propio empresario como de los trabajadores designados, así como la de los técnicos de prevención de los servicios de prevención (propios o ajenos). Para estos casos, se hablará de formación en prevención cualificada³⁶⁹, que no queda regulada en el art. 19 de la LPRL, sino en el RSP.

a) Elementos configuradores de la formación de los expertos en prevención de riesgos laborales

Pese a su regulación diferenciada, los elementos o características configuradoras de la formación en prevención de riesgos como obligación del empresario son en esencia los mismos. Estos elementos pueden ser aplicados tanto cuando se trata del derecho de

³⁶⁷ Una descripción detallada del contenido de la normativa se puede ver en MORENO MÁRQUEZ A., *Los servicios de prevención*, op. cit., pp. 209 y ss.

³⁶⁸ El art. 29 LPRL, que enumera las obligaciones de los trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales, no incluye en el listado el deber de formación. Esta ausencia de previsión legislativa no tiene que suponer que la obligación no exista sino que la misma, que explícitamente se reconoce en el art. 19.4 ET, puede incluirse dentro del deber general del trabajador de colaborar con el empresario en materia preventiva. CANO GALÁN, Y., *La formación en prevención de riesgos laborales: su configuración como deber de los trabajadores*, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales, núm. 53, 2004, pp. 209. FERNÁNDEZ LOPEZ, M^a. F., “Formación en materia de prevención de riesgos laborales”, en OJEDA AVILÉS, A.; ALARCÓN CARUCUEL, M. R. y RODRÍGUEZ RAMOS, M^a. J. (coords.), *La prevención de riesgos laborales. Aspectos clave de la Ley 31/1995*, Navarra, Aranzadi, 1996, pp. 305.

³⁶⁹ DIAZ MOLINER, R., *Derecho de prevención de Riesgos Laborales. La normativa de prevención de riesgos laborales. Derechos y Deberes*, Vol. I, Madrid, Dijusa, 1998, pp. 351. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a. F., “Formación en materia de prevención de riesgos laborales”, en OJEDA AVILÉS, A.; ALARCÓN CARUCUEL, M. R. y RODRÍGUEZ RAMOS, M^a. J. (coords.), *La prevención de riesgos laborales. Aspectos clave de la Ley 31/1995*, op. Cit., pp. 299.

formación de los trabajadores (formación general por puesto de trabajo de prevención de riesgos laborales), como cuando se trata de la formación cualificada y de expertos de los profesionales de la prevención. Y ello debe ser así aunque ésta última sólo se ha estudiado desde la perspectiva de las cualificaciones necesarias y de las funciones a desarrollar sobre la base de esas cualificaciones.

El primero de esos elementos configuradores, y como no podía ser de otro modos, es que la formación debe ser suficiente y adecuada. Estas características de la formación, que evidentemente deben darse cuando trate de la formación regulada en el art. 19 LPRL, también debe aparecer cuando se trate de la formación de los especialistas o encargados de la prevención en las empresas (art. 30.5 LPRL, para el empresario; art. 30.2 LPRL, para los trabajadores designados; o 31.4 LPRL, para los servicios de prevención). A estos efectos, la adecuación deberá tener en cuenta las condiciones de los sujetos que van a recibir la formación, la base formativa con la que ya cuentan, sus cualificaciones, las actividades preventivas que van a desempeñar, así como el cargo que ocupan o pueden ocupar en la misma. Una formación será adecuada cuando el tiempo que se dedique a la misma sea el necesario para alcanzar todos los conocimientos; cuando la materia de prevención sobre la que trate incida en las actividades que después el profesional va a realizar; cuando sea dinámica y se renueve cada vez que las circunstancias lo aconsejen, y, en todo caso, cada cierto tiempo; y cuando se cuente para ello con los instrumentos, medios y recursos necesarios para lo que, por regla general, no bastará con el equipo habitual del centro de formación que imparta tal formación, sino que será necesario además contar con equipamiento adecuado en función de la naturaleza de cada acción formativa. Además, una formación será adecuada cuando se haya utilizado una metodología activa y participativa del propio profesional³⁷⁰. Por su parte, la suficiencia, queda establecida por la finalidad de la formación en sí misma. Una formación será suficiente (cuando se habla de formación para la gestión de la prevención) cuando permita una elaboración eficaz y eficiente de todas las actividades preventivas que deberán llevarse a cabo como parte de esa obligación general de seguridad y salud que tiene el empresario (evaluación de riesgos, planificación, vigilancia de la salud, formación para trabajadores...). Como consecuencia, la falta de formación adecuada y suficiente respecto de los riesgos que se van a estudiar y de las actividades preventivas que se van a realizar constituye una de las razones por las que muchas veces se entiende que no se realizan las tareas preventivas de forma correcta por parte del propio profesional³⁷¹.

³⁷⁰ COBOS, D.; LLACUNA, J.; INÉS. A. y PEREZ, M^a. J., *Buenas prácticas en formación sobre prevención de riesgos laborales en las empresas: una revisión sistemática*, Revista Fuentes, núm. 12, 2012, pp. 139-164.

³⁷¹ SAP de Valladolid, de 8 de mayo de 2013 (R^o. 183/2013, sentencia núm. 156/2013), según la cual el técnico de prevención del servicio de prevención contratado por la empresa no había llevado a cabo correctamente la evaluación de riesgos por dos razones: ni se había evaluado el riesgo que originó el

La suficiencia y la adecuación ya dejan entrever el resto de los elementos configuradores de la formación de los responsables de la prevención en las empresas³⁷², el segundo de los cuales supone que la formación, para ser adecuada, debe ser teórica y práctica. En este sentido, puede resultar muy discutible la formación a online³⁷³, ya que el componente práctico en este tipo de enseñanza, ya sea para los trabajadores, ya sea para los profesionales de la prevención, resulta imprescindible.

El tercer elemento implica que la formación deba ser periódica. La periodicidad está vinculada a los cambios que se producen en los puestos de trabajo y en las empresas. Cuando se trata de expertos del SPA, la periodicidad va asociada al hecho de que pueden aparecer sectores de actividad sobre el que inicialmente no se hacía prevención, o simplemente a los cambios constantes en las empresas clientes. Por lo que se refiere a esto último, hay que destacar que, mientras que la formación general del puesto de trabajo que se da al trabajador debe ser actualizada y repetida de forma periódica y así se ha recogido en la jurisprudencia y la doctrina de manera unánime³⁷⁴, sin embargo, respecto a los profesionales de la prevención, no se ha hecho ninguna previsión normativa sobre el necesario y obligatorio reciclaje profesional.

Esto lleva a la necesidad de que la formación de gestión de la prevención deba hacerse durante todo el tiempo en el que los trabajadores especialistas, o con funciones preventivas, desempeñen actividades de prevención; es decir, debe tratarse de una formación continua normalizada. En este sentido, el INSHT y los órganos de

accidente de trabajo que desembocó en la muerte del trabajadores, ni se había hecho la evaluación de riesgos con periodicidad para comprobar los cambios en las condiciones del puesto de trabajo.

³⁷² STSJ de Cataluña de 7 de noviembre de 2006 (R°. 4774/2006, sala de lo social); STSJ de Andalucía de 26 de junio de 2014 (R°. 2586/2013); STSJ de Cantabria de 23 de enero de 2003 (R°. 630/2002, sala de lo social).

³⁷³ La Ley 30/2015, de 9 de septiembre, por la que se regula el Sistema de Formación Profesional para el empleo en el ámbito laboral viene a establecer la sustitución de la formación tradicional a distancia por la formación online. No obstante, habría que analizar cada caso concreto para ver si realmente la formación permitiría a una empresa y a una entidad formativa cumplir de forma adecuada y suficiente su función de garantía. La idea de la formación a distancia, no para profesionales, sino para trabajadores, fue admitida por el Tribunal Supremo, en su STS de 12 de febrero de 2008 (R° UD 6/2007, Sala de lo Social). Sin embargo, se puede encontrar en el Informe de la Dirección General de Trabajo, de 29 de septiembre de 2008, una opinión más clara al respecto, recogiendo expresamente que *la formación a distancia se acomoda mal a los caracteres exigibles a la formación en prevención*. Algo que se analiza también respecto del común de los trabajadores pero que es una idea extrapolable a la formación de los profesionales de la prevención.

³⁷⁴ STSJ de Cantabria, de 20 de junio de 2007 (R° 497/2007, Sala de lo Social); STSJ de Castilla y León, de 23 de octubre de 2006 (R° 1564/2006, Sala de lo Social). Por su parte, la Inspección Provincial de Trabajo de Vizcaya en contestación a la consulta que se le hace, de fecha 4 de julio de 2007, establece que: *los trabajadores que posean formación no tendrán que repetirla a salvo de la posible necesidad de repetir la formación porque la que se posea no resulte suficiente o adecuada, en cuyo caso, no se trataría propiamente de repetirla, sino de impartir la adecuada*.

prevención de riesgos laborales de las comunidades autónomas³⁷⁵ han desarrollado programas formativos especializados que se ofertan como complemento a todos aquéllos que desempeñan, de una u otra forma, tareas preventivas: empresarios, trabajadores designados, coordinadores de seguridad, técnicos de cualquier nivel preventivo, recursos preventivos, etc. Lo que ocurre es que quizá sea necesaria la intervención de otras instituciones (por ejemplo, universidades) que proporcionen un reciclaje continuo para los expertos de prevención dado que, no sólo es importante disponer de profesionales con suficiente formación acreditada, sino que también es relevante asegurar una formación continua y actualizada de los mismos³⁷⁶. En este sentido, resulta conveniente traer a colación algunas experiencias de países de nuestro entorno, como son el caso de Portugal o de Reino Unido³⁷⁷. En el primero se otorgan certificaciones de aptitud profesional con una validez de cinco años tras los cuales han de renovarse necesariamente; lo que implica acreditar que han recibido en esos años cursos de formación de al menos 30 horas siempre que se haya ejercido dos años como técnicos³⁷⁸; en Reino Unido, por su parte, la Asociación Profesional de Prevencionistas (IOSH) obliga a sus miembros a realizar formación continua anualmente³⁷⁹.

Por último, el cuarto de los elementos configuradores consiste en que la formación, cuando se trata del colectivo de personas que tienen funciones preventivas, debe ser especializada. Y cuando se trata del resto de trabajadores debe ser específica y concreta del puesto de trabajo que desempeñe o vaya a desempeñar. A priori, la especialización viene dada por las funciones que cada uno vaya a desarrollar. Así, la formación del mando o directivo deberá ser especial en relación con sus tareas de prevención, con la necesidad de tomar decisiones en esta materia, o con la impartición de órdenes que deban tener en cuenta el factor preventivo.

³⁷⁵ A modo de ejemplo se puede ver el programa del IRSST de la Comunidad de Madrid: http://www.madrid.org/cs/Satellite?c=CM_Actuaciones_FA&cid=1114195972437&idConsejeria=1142697631805&idListConsj=1109266100973&idOrganismo=1109266228581&language=es&pagename=ComunidadMadrid%2FEstructura

³⁷⁶ ALONSO AREAL, F., *La formación como variable estratégica para la prevención de riesgos laborales. Un enfoque global*, INSHT, Prevención, Trabajo y Salud, núm. 2, 1999, (versión electrónica). SORIANO TARÍN, G; HERNANI VEIZAGA, E. J. y ALONSO BOSQUE, J. M., *Necesidades de Formación continuada del personal sanitario en un servicio de prevención*, Archivos de prevención de riesgos laborales, núm. 4, vol. 9, 2006, pp. 170-171.

³⁷⁷ COBOS SANCHIZ, D., *Los estudios universitarios de los profesionales de la salud ocupacional en Francia, Portugal y Reino Unido: aproximación comparada*, Revista Fuentes, núm. 9, 2009, pp. 223.

³⁷⁸ En cuanto a Portugal, cfr. El DL núm. 110/2000, de 30 de junio, por el que se establecen las condiciones de acceso al ejercicio de la profesión, y los requisitos de homologación de los cursos de formación profesional (Lei 102/2009, de 10 de septiembre, de régimen jurídico de la promoción y prevención de la seguridad y salud en el Trabajo).

³⁷⁹ En esta misma línea en abril de 2013 se ha creado en España el Consejo General de Profesionales de Seguridad y Salud en el Trabajo de España, que se configura como el órgano superior de representación de las Asociaciones Profesionales de los Profesionales de la Seguridad y Salud en el trabajo. Lo que ocurre es que su corta experiencia todavía no ha provocado el control sobre la formación continua de los técnicos de prevención.

Por su parte, si se habla de técnico de prevención, la especialización formativa se determinará en función de si es un técnico de nivel básico, intermedio o superior. Pero, además, si se trata del técnico de nivel superior, ciertas actividades preventivas requieren un nivel de especialización aún más concreto. Tal es el caso de las actividades sanitarias de prevención y de vigilancia de la salud, que sólo podrán desempeñarse por el personal con una determinada cualificación previa (medicina o enfermería) que además cuenten con una especialización en Medicina del Trabajo o en enfermería del trabajo (art. 4 RD 843/2011). En relación con las especialidades técnicas no se plantea la obligación de tener una cualificación previa³⁸⁰, aunque de manera natural el mercado de trabajo ha ido colocando a los técnicos superiores de prevención en función de sus conocimientos especializados previos y por su cualificación anterior. La Seguridad en el Trabajo está dominada fundamentalmente por ingenieros y arquitectos; la Higiene Industrial, por químicos, biólogos y similares; la Ergonomía y Psicosociología por ingenieros y psicólogos; finalmente, la gestión en sí misma de la prevención, es realizada por abogados y graduados sociales. Dicho todo esto, queda claro que la formación dirigida a la gestión de la prevención se configura como un elemento más para el cumplimiento de la adecuación de los recursos humanos de los SPA.

b) Órganos y Entidades que pueden hacer formación en prevención de riesgos laborales.

Por lo que se refiere a las personas o entidades que pueden impartir esta formación, la normativa ha dejado claro que la de los niveles intermedio y superior sólo puede acreditarse por una entidad autorizada para desarrollar y certificar actividades formativas (universidades para el nivel superior, institutos de enseñanza secundaria para los técnicos intermedios), mientras que la formación básica puede acreditarse mediante certificación expedida por aquellas entidades públicas o privadas que tengan autorización y, en todo caso, por los SPA (art. 35.3 RSP)³⁸¹. No obstante, resulta

³⁸⁰ Y ello pese a que existe una cierta conciencia generalizada sobre el entendimiento de que la prevención debe realizarse por profesionales con cualificaciones previas de las ramas técnicas. Así se puede observar en la reciente modificación legislativa de la Inspección de trabajo, La Ley 23/2015 de 21 de julio, con ocasión de la creación de dos escalas dentro del Cuerpo de Subinspectores Laborales: Una Escala de Subinspectores de Empleo y Seguridad Social, conformada por el actual Cuerpo de Subinspectores y otra nueva, de Subinspectores de Seguridad y Salud Laboral, con funciones específicas en materia de prevención de riesgos laborales, lo que permitirá ampliar y reforzar la actuación de la Inspección en esta materia. Para estos último, la Disp. Adic. 5ª ha previsto que será necesario disponer de título universitario oficial de Graduado adscrito a la rama del conocimiento de ciencias, ciencias de la salud, o ingeniería y arquitectura.

³⁸¹ Informe de la Dirección General de Trabajo DGT-SGON-542LB sobre el Convenio General de la Construcción y la formación preventiva en el puesto de trabajo de 2 de agosto de 2011.

conveniente analizar algunas cuestiones en relación con las entidades que pueden impartir formación de nivel básico y, sobre todo, con su diferenciación respecto a quiénes pueden impartir la formación del art. 19 LPRL.

Como se ya se ha dicho, en función de la formación de la que se trate se distinguen básicamente dos tipos de actividades formativas. Por un lado la formación destinada a los profesionales de la Prevención de Riesgos Laborales, y, por el otro, la formación de puesto de trabajo destinada a todos los trabajadores de las empresas, como parte de la obligación de prevención del empresario.

Por lo que se refiere a la primera, para el caso de los niveles intermedio y superior, existen en la actualidad titulaciones oficiales aprobadas por las autoridades competentes que deben obtenerse a través del correspondiente ciclo de grado superior o titulación universitaria, respectivamente, como se verá en el siguiente apartado. En lo que respecta a la formación de nivel básico, el art. 35 RSP fija los requisitos de dicho nivel, acreditándose mediante una certificación de formación específica en materia de prevención de riesgos laborales emitida por un servicio de prevención o por una entidad pública o privada con capacidad para desarrollar actividades formativas específicas en esta materia. La capacidad de estas entidades viene ya condicionada por el propio RSP, tanto por la exigencia de una duración de la formación a impartir y de un contenido determinado (art. 35.2 a) en relación con el Anexo IV), como por la necesidad de que ésta sea impartida por un técnico de nivel superior, al que se le atribuye la función de la formación a todos los niveles (art. 37.1 c)). Por tanto, además de los servicios de prevención, la formación de nivel básico puede ser impartida y certificada por cualquier entidad dedicada a la enseñanza y que disponga de técnico con capacidad para desempeñar funciones de nivel superior, tal como viene establecido en el art. 37.1.c) del RSP³⁸².

En cuanto a la formación derivada de la evaluación, relativa a los riesgos y medidas preventivas específicas de una empresa y de un puesto de trabajo, el propio art. 19 LPRL señala que las personas y/o entidades que pueden impartir esta formación podrán ser la empresa, ya sea mediante medios propios, o concertándola con servicios de prevención ajenos. Siendo la formación específica que debe recibir un trabajador una actividad preventiva a realizar por el empresario en el cumplimiento de sus obligaciones, la única posibilidad de que pueda llevarse a cabo por alguien externo a la empresa es que la imparta un SPA pues es claro que la empresa puede asumir la organización de las actividades preventivas, o concertarla con una entidad ajena a la empresa, pero si la concierta con una entidad externa, sólo podrá hacerlo con un SPA,

³⁸² Son entidades a las que se les atribuye esta competencia: los Órganos Regionales de Seguridad y Salud en el Trabajo u órganos técnicos de las comunidades autónomas; o las Fundaciones Laborales, donde la Fundación Laboral de la Construcción de Asturias encuentra uno de sus más importantes ejemplos.

pues es el único autorizado para llevar a cabo actividades preventivas, entre las cuales se incluye la formación e información a los trabajadores.

Con ello debe quedar claro que este tipo de formación no puede ser impartida por profesionales independientes, ni por empresas u otras entidades que carezcan de autorización para actuar como SPA, pues ello supondría la realización de una actividad preventiva de la empresa por quien carece de autorización para dedicarse a esta actividad³⁸³. Ahora bien, esto que parece claro, sin embargo resulta confuso al atender al propio texto de la LPRL cuyo art. 31.3 in fine establece que: *“si la empresa no llevara a cabo las actividades preventivas con recursos propios, la asunción de las funciones respecto de las materias descritas en este apartado (entre las que se encuentran la formación de los trabajadores), sólo podría hacerse por un servicio de prevención ajeno. Lo anterior se entenderá sin perjuicio de cualquiera otra atribución legal o reglamentaria de competencia a otras entidades u organismos respecto de las materias indicadas”*. En consecuencia, se plantea la duda de si los SPA son las únicas entidades que pueden formar en prevención de riesgos laborales a los trabajadores. O si por el contrario, habría que entender que las funciones de los SPA son las de asesorar y asistir al empresario, y ello se traduce tan sólo en el diseño de la formación, pero no necesariamente en la impartición de la misma³⁸⁴.

Antes de dar una posible respuesta, hay que tener en cuenta que no toda la formación en prevención de riesgos laborales que se imparte va encaminada al cumplimiento estricto de la LPRL. Por una parte, está la formación teórica y práctica cuyas formas y contenidos se ajustan a las características concretas del puesto de trabajo y de la empresa; y, por otra parte, se encuentra la formación en prevención dirigida a cumplir el contenido de los convenios colectivos³⁸⁵, o los acuerdos de las empresas con los trabajadores. Así ocurre de forma clara con los sectores de la construcción y del metal,

³⁸³ Más recientemente, la Dirección General de Empleo ha vuelto a reiterar este criterio en su Informe DGE-SGON-479AV, de 7 de febrero con ocasión del escrito enviado por AEPSAL volviendo a plantear la duda de a quien corresponde la formación del art. 19 LPRL, en línea: <https://drive.google.com/file/d/0B4LzdQPeqZFwSFQxT0lpMFlzNU0/view>; Además, a principios de 2015, también AEPSAL ha presentado denuncia ante la Comisión Europea, por entender que España no transpuso debidamente la Directiva Marco en esta materia, solicitando que se dictamine que la formación del artículo 19 LPRL pueda ser impartida no solo por SPA, sino también por técnicos en PRL que actúen por su cuenta (como autónomos o freelance) o dependientes de una empresa dedicada a la formación, sobre lo que aún no se ha obtenido respuesta: <http://www.aepsal.com/wp-content/uploads/2015/02/DenunciaCE.pdf>

³⁸⁴ Precisamente la Guía de Criterios de Calidad del INSHT establece, en relación con la obligación de formación, que el SPA debe comprobar que el trabajador dispone de una formación integral en materia de PRL y que, de no ser así, debe complementar la formación del trabajador y/o asesorar al empresario para que recurra a personas o entidades con la capacidad necesaria para proporcionar tal formación.

³⁸⁵ BELASCO ZUGASTI, A. y ZABALETA ALDASORO, U., *Estudio de los requisitos legales exigibles en formación de prevención de riesgos laborales a las empresas de la CAPV*, estudio elaborado por CONFEBASK con la Fundación para la prevención de riesgos laborales, 2012, pp. 147-148.

que regulan formaciones más allá del art. 19 LPRL y que se imparten por entidades que a su vez han sido homologadas, como son las Fundaciones Laborales establecidas en los convenios. Pues bien, teniendo presente esta cuestión, y, atendiendo al sector de la construcción, que es donde se han planteado los problemas de formación referidos, se puede obtener una solución al respecto que justifica la opción del SPA como única entidad encargada de la formación del art. 19 LPRL.

Atendiendo al criterio de la Dirección General de Trabajo³⁸⁶, en relación con la formación en el sector de la construcción, con el que se está de acuerdo, habría que entender que la formación del art. 19 LPRL y en lo que esta se concreta en el sector, como obligación del empresario, se configura como una actividad preventiva más, y por tanto, debe considerarse que sólo puede realizarse por el SPA (o por los recursos propios de la empresa, si se opta por ellos como modalidad organizativa). Así se entendió finalmente en el Anexo I apartado 6 del procedimiento para la homologación de actividades formativas en materia de prevención de riesgos laborales de acuerdo con el V Convenio Colectivo General del Sector de la Construcción. Se trata de un procedimiento que se da como consecuencia de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 30 de septiembre de 2013 (R°. 349/2013, sala de lo social), en la que se resuelve el problema de las homologaciones de las entidades que daban formación en materia de prevención para la obtención de la tarjeta profesional de la construcción³⁸⁷. La Audiencia viene a considerar que lo establecido en un convenio colectivo no lesiona la libre competencia de las empresas siempre que el objeto del pacto sea mejorar las condiciones de trabajo de los trabajadores. Así pues, entiende que el convenio se ha movido dentro de la naturaleza y finalidad que le son propios de

³⁸⁶ Informe de la Dirección General de Trabajo, de 2 de agosto de 2011 (DGT-SGON-542LB) sobre el Convenio General de la Construcción y la formación preventiva en el puesto de trabajo.

³⁸⁷ En el art. 168 del IV Convenio Colectivo General del Sector de la Construcción (BOE 17/08/2007) se estableció que "las entidades que proyecten ser homologadas por la Fundación Laboral de la Construcción para impartir la formación en materia de prevención de riesgos laborales, de acuerdo con lo previsto en el Capítulo III del Libro II del presente Convenio deberán contar, en su caso, con la acreditación u homologación exigible por parte de la autoridad laboral competente". Esta norma se mantuvo con idéntica redacción en el art. 177 del V Convenio Colectivo General del Sector de la Construcción (BOE de 15/03/2012). Sin embargo, en el BOE de 30/05/2013, se publicó el Acta de acuerdo de revisión parcial del V Convenio Colectivo General del Sector de la Construcción. El contenido del art 177, que pasa a ser el 191.1 se modifica al establecer que: "Podrán solicitar la homologación de la formación preventiva que impartan las entidades que estén constituidas como servicios de prevención ajenos acreditados por la autoridad laboral, o las empresas encuadradas en el ámbito de aplicación del presente Convenio que dispongan de organización preventiva propia". Dichas entidades que proyecten ser homologadas por la Fundación Laboral de la Construcción deberán "contar, en su caso, con la acreditación u homologación exigible por parte de la autoridad laboral competente". Por lo tanto, mientras que con anterioridad podía solicitar la homologación de la Fundación cualquier entidad que contase con la acreditación u homologación exigible por parte de la autoridad laboral; ahora sólo pueden solicitarlas las entidades que estén constituidas como servicios de prevención ajenos acreditados por la autoridad laboral o las empresas encuadradas en el ámbito de aplicación del presente convenio que dispongan de organización preventiva propia y cuenten con la acreditación u homologación exigible por la autoridad laboral.

forma que los negociadores están en su derecho de regular de forma más restrictiva el acceso de entidades que puedan impartir formación homologada a efectos de obtener la tarjeta profesional de prevención³⁸⁸.

Por tanto, y en conclusión la formación del art. 19 LPRL sólo podrá ser impartida por las entidades acreditadas como SPA o los técnicos con formación que sean parte de la organización interna de prevención de las empresas. Ahora bien, ello no es óbice para que además de esa formación, se proporcione una específica y concreta, que puede ser la determinada por los convenios colectivos, o acordada por las empresas y son una mejora en todo caso, de la formación de prevención de riesgos establecida en la Ley, que si podrá hacerse por otras entidades formativas, que podrán estar o no homologadas por los convenios. Cuando el Convenio lo establezca, habrá que estar lo que éste diga. Si no se dice nada, entonces cualquier entidad contratada por la empresa podrá impartir esa formación que va más allá de los contenidos de la del art. 19 LPRL.

c) La formación cualificada en cada uno de los niveles

Entrando ya a concretar la formación cualificada y profesional, resulta imprescindible diferenciarla según cada uno de los niveles. En relación con la formación de nivel básico, el art. 35.3 RSP hace referencia a la necesidad de cursar el programa establecido en el Anexo IV del Reglamento, teniendo una duración de 30 horas o de 50 para los casos de actividades incluidas en el Anexo I. Para ello, se requiere una certificación que podrá ser emitida por un servicio de prevención (único supuesto en el que un servicio de prevención podrá acreditar formación de técnicos) o por una entidad pública o privada con capacidad para llevar a cabo tareas formativas. Junto a estos supuestos, y de forma concreta, se ha previsto que la formación de nivel básico tendrá una duración de 60 horas en aquellas empresas que les sea de aplicación el V Convenio General del Sector de la Construcción cuyo art. 166 establece, además, el contenido del programa que se deberá impartir, en el caso de que se quiera acreditar a las personas que lo cursen con este nivel básico. Otro ejemplo se encuentra en el art. 55 del Acuerdo Estatal del Sector del Metal³⁸⁹.

³⁸⁸ Sin olvidar que la tarjeta profesional de la construcción no es el medio exclusivo para acreditar la formación en prevención y así quedo establecido por la STS de 27 de octubre de 2010 (R° UD 53/2009, sala de lo social)

³⁸⁹ Resolución de 22 de abril de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Acta de los acuerdos de modificación del Acuerdo estatal del sector del metal (BOE núm. 112, de 10 de mayo de 2013).

La regulación de la formación para los niveles intermedio y superior tenía carácter transitorio en tanto no se establecieran las titulaciones académicas correspondientes (Disposición Adicional Tercera). En relación con los técnicos de nivel intermedio, inicialmente aparecen como títulos que se podían obtener con programas de formación de 300 horas; pero en el año 2001 el Ministerio de Educación reguló, mediante el RD 1161/2001, de 26 de octubre, el título de técnico de prevención³⁹⁰ que habilita para la realización de funciones de nivel intermedio, obteniéndose el título a través de los estudios de formación profesional; título que, no obstante, se ha desarrollado por las CCAA en el marco de sus competencias³⁹¹. Dicho título pertenece a la familia profesional de “mantenimiento y servicios a la producción”, un ciclo formativo de grado superior que tiene una duración total de 2000 horas, incluidas, de forma obligatoria, las prácticas en empresas. Se trata de un título profesional acreditado por la administración educativa que debe impartirse de forma presencial en aquellos centros educativos públicos o privados que oferten ciclos formativos³⁹².

Por lo que se refiere a las funciones de nivel superior, en el antiguo sistema de capacitación de los técnicos superiores de PRL se requería una formación que debía incluir el programa formativo del Anexo VI del RSP y a la que se accedía con un título universitario. Esta formación se ha realizado durante años por entidades públicas o privadas autorizadas por la Autoridad Laboral correspondiente³⁹³. El control sobre estas entidades era escaso y, por tanto, la calidad de muchos de los programas formativos no llegaban a los mínimos requeridos y deseables en esta materia. En el ámbito de la UE la mayor parte de los países exigen una formación de carácter superior para la figura del técnico de prevención. Ahora bien, es relevante concretar que la mayor parte de estos técnicos no realizarán actividades especializadas sino que se configuran en las empresas como gestores capaces de realizar y controlar las evaluaciones y planificaciones preventivas necesitando la colaboración de otros profesionales con conocimientos específicos como higienistas o ergónomos³⁹⁴. Ahora bien, es cierto que en la mayoría de los países pese a que se exige una formación superior ello no implica que todos tengan estudios universitarios específicos en

³⁹⁰ BOE núm. 279, de 21 de noviembre de 2001. Además hay que recoger también el RD 277/2003, de 7 de marzo, por el que se establece el currículo de ciclo formativo de grado superior correspondiente al título de técnico superior en prevención de riesgos laborales.

³⁹¹ A modo de ejemplo, en Andalucía, el Decreto 109/2003, de 22 de abril, o en Castilla y León, el Decreto 84/2003, de 31 de julio.

³⁹² Sobre esta formación y otras enseñanzas no regladas en prevención de riesgos laborales puede verse RANCHAL SÁNCHEZ, A., *Las enseñanzas sobre la prevención de riesgos en el trabajo*, INSHT, Prevención, Trabajo y Salud, núm. 23, 2003, (versión electrónica)

³⁹³ Cuestión que quedaba regulada en los arts. 7 y ss. de la Orden de 27 de junio de 1997 (derogada)

³⁹⁴ COBOS SANCHIZ, D., *Los estudios universitarios de los profesionales de la salud ocupacional en Francia, Portugal y Reino Unido: aproximación comparada*, op. Cit., pp. 221.

prevención de riesgos laborales³⁹⁵, aunque hay una predisposición a desarrollar estos estudios en el ámbito de la propia universidad³⁹⁶ siguiendo las directrices de la UE.

A este respecto, la Estrategia Europea para la Seguridad y Salud (2007-2012) establece entre sus objetivos la necesidad de integrar la seguridad y la salud en los programas de educación y formación. Con ella se ha iniciado una tendencia lenta hacia la unificación de criterios sobre la formación de los técnicos de prevención en Europa. No obstante, será complicado uniformar y cumplir con las directrices marcadas en tanto los propios modelos de organización de la prevención difieren de unos países a otros, y muy especialmente en relación con España. Por su parte, la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el trabajo, siguiendo las directrices de la Europea, señala entre los objetivos relativos a las políticas públicas, el de implementar y desarrollar una cultura de la prevención a través de políticas educativas que se adecuen a estos objetivos, señalando como inmediata la regulación de la formación universitaria de posgrado en materia de prevención de riesgos laborales, en el marco del proceso de Bolonia, como forma exclusiva de capacitar profesionales para el desempeño de funciones de nivel superior³⁹⁷.

Llega así a su fin el sistema transitorio de formación y habilitación para el ejercicio profesional que definió en 1997 el RSP. Con la entrada en vigor del RD 337/2010 se establece que, para las funciones de nivel superior, será necesario contar con una formación (la del anexo VI RSP) pero acreditada exclusivamente por una universidad; lo que hay que poner en conexión con la regulación de los estudios oficiales que hace el RD 1393/2007, de 29 de octubre, para la progresiva armonización de los sistemas universitarios en cuanto a la construcción del Espacio Europeo Superior³⁹⁸. Queda eliminada por tanto, cualquier posibilidad a otra entidad, ya sea pública o privada, para impartir la formación en PRL. La formación académica universitaria de especialización, como son los másteres oficiales encuadrados en las titulaciones de postgrado, significa el comienzo de la tendencia lógica del mercado hacia la búsqueda de titulados universitarios en este ámbito. La titulación que acredita la formación

³⁹⁵ Ponencia presentada por la Asociación Internacional de Seguridad Social: *Comparaison Internationale de la formation des experts en sécurité du travail dans les pays suivants*, Comité International de la AISS pour la education et la formation à la prevention, 2000, en línea: http://www.issa.int/fr/web/preventioneducation/resources?p_p_id=58_INSTANCE_LG1&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&_58_INSTANCE_LG1_struts_action=%252Flogin%252Fforgot_password

³⁹⁶ COBO SANCHIZ, D., *La formación del técnico de prevención en Europa*, PreventionWorld Magazine, núm. 9, 2005, pp. 24-32. Para algunas cuestiones también se puede ver LLACUNA MORENA, J., *La formación en la Unión Europea: posibilidades y problemas*, Prevención, Trabajo y Salud, núm. 3, 1999, pp. 12-18.

³⁹⁷ BLANCO SILVA, F. y LÓPEZ DÍAZ, A. I., *Novedades en la formación en prevención de riesgos laborales en España*, Temas Laborales, núm. 104, 2010, pp. 245-247.

³⁹⁸ BOE núm. 260, de 30 de octubre de 2007, modificado por el RD 861/2010, de 2 de julio (BOE. Núm. 161, de 3 de julio de 2010).

como técnico superior de prevención de riesgos laborales tiene que estar expedida por una universidad (art. 37.2 RSP). Con esta prescripción no sólo se ha dado cumplimiento a la Disposición Transitoria Tercera del RSP, ya derogada, sino que se unifican los criterios para la correcta impartición de una materia tan peculiar como es la PRL; y lo que es más importante, sienta las bases para una adecuada y correcta capacitación para todos los que van a ser técnicos de PRL, por igual, otorgándoles las competencias mínimas necesarias para el buen desempeño de sus funciones superiores como técnicos³⁹⁹.

Desde las universidades se han creado o convertido los estudios de prevención en másteres oficiales a través de los cuales se garantizan los contenidos mínimos de PRL, así como el tiempo de duración de esa formación. Por ello, las Universidades, pasando el trámite de acreditación de la Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación (ANECA), han optado y, por tanto, convertido, los títulos propios que ya tenían en Prevención de Riesgos Laborales, en másteres oficiales. El máster oficial es el conjunto de enseñanzas regladas de postgrado con validez en todo el territorio nacional y en el Espacio Europeo de Educación Superior (EEES) que han superado un proceso de elaboración y aprobación conforme a las normas legales dictadas por el Gobierno y las Comunidades Autónomas reconocido en el marco de las normas y acuerdos del EEES.

El objetivo de cualquier enseñanza superior de PRL debe ser la consecución de una excelente formación de sus estudiantes. Para ello se deben conjugar no sólo los conocimientos generales que debe tener cualquier técnico superior, sino que se debería tener en cuenta la identificación de las necesidades de las empresas y los objetivos marcados por las estrategias europeas y española. Con esta finalidad, la universidad se configura como el marco más idóneo para conseguir la especialización y los niveles de experto necesarios para ejercer la actividad profesional de la prevención. La universidad aporta la capacidad suficiente para adaptar la formación a las realidades de las empresas de una manera objetiva y sin fisuras; con ella se garantiza una formación de calidad que permite acreditar la preparación de los técnicos en el mercado laboral. No obstante, quizá sería interesante, también, controlar de una manera eficiente los resultados de formación que están obteniendo por los técnicos en las diferentes universidades, con el objetivo de atajar a las deficiencias que puedan tener algunos programas, pese a ser oficiales. Uno de los problemas que se podrían plantear y respecto al que nada se establece, es la formación con la que deben contar los profesores que imparten docencia en un máster oficial en PRL, salvo lo que cada universidad decide regular en sus respectivas acreditaciones. Pero es obvio, que la formación que capacita a los que serán técnicos superiores sólo puede ser impartida

³⁹⁹ Preocupación que era constante en los autores que se aproximaron a este tema: RUIZ FRUTOS, C., *Formación en Prevención de Riesgos Laborales*, Cuadernos de Relaciones Laborales, núm. 14, 1999, pp. 165-169.

por profesionales con experiencia acreditada en prevención en cada materia, especialidad o sector sobre el que van a impartir docencia. A modo de ejemplo, sólo un especialista en riesgos biológicos puede impartir la parte del programa correspondiente a ellos; sólo un especialista en riesgos eléctricos puede impartir todo lo que concierne a este tipo de peligros y sus consecuencias; y sólo un especialista jurídico en prevención de riesgos puede transmitir todo lo que un técnico debe conocer al respecto.

En conclusión, con las últimas modificaciones legislativas parece que se ha alcanzado el objetivo de la LPRL al establecer en los ciclos superiores una formación específica para los profesionales de este campo. Por un lado, mediante el nivel intermedio alcanzado con la introducción en los estudios de formación profesional el título de Grado Superior de Técnico en Prevención de Riesgos Profesionales, y, por otro, mediante la formación académica en universidades para el nivel superior⁴⁰⁰. Esta es una de las razones de la mejora de la formación de las profesionales de la prevención, y por tanto, el elemento clave para aceptar la suficiencia cualitativa de los medios humanos que participan en la realización de las actividades preventivas.

2.4.3. Recursos Materiales. Posibilidad de arrendamiento de las instalaciones y materiales: limitaciones.

Para poder actuar como SPA, no sólo se debe contar con los recursos humanos establecidos en la norma y que permiten acreditar a estas entidades, sino que también se requiere que disponga de una serie de recursos materiales que hacen posible la adecuada realización de todas las actividades preventivas (arts. 31.4 LPRL y 17.1 a) RSP). En relación con esa cuestión resulta imprescindible poner en conexión varios preceptos del RSP, concretamente los arts. 18.2 c) y 19.2 b) que exigen que los SPA dispongan con carácter permanente de un mínimo de recursos materiales⁴⁰¹, si bien

⁴⁰⁰ CEBALLOS AMANDI, J. A., *El perfil del Técnico de Prevención*, Gestión práctica de Riesgos Laborales, núm. 17, 2005, pp. 39-40. Junto a los titulados de ciclo formativo superior, y a los titulados universitarios, únicamente queda efectuar una labor de integración de la formación de prevención de riesgos en los ciclos inferiores del sistema educativo y que sólo debería llevarse a cabo por los especialistas en prevención, pudiendo configurarse como nuevas competencias de los técnicos de prevención AESST., *La integración de la seguridad y salud en el trabajo en el sistema educativo. Buenas prácticas en la enseñanza escolar y la formación profesional*, Bélgica, 2006, en línea: <https://osha.europa.eu/es/publications/reports/313>

⁴⁰¹ El art. 18.2 c) RSP establece que los SPA deben *disponer para el desarrollo de las actividades concertadas de las instalaciones e instrumentación necesarias para realizar las pruebas, reconocimientos, mediciones, análisis y evaluaciones habituales en la práctica de las especialidades citadas, así como para el desarrollo de las actividades formativas y divulgativas básicas, en los términos que determinen las disposiciones de desarrollo de este real decreto*. Por su parte el art. 19. 2 b) RSP establece que estas entidades deban *disponer mediante arrendamiento o negocio similar de instalaciones y medios materiales que estimen necesarios para prestar el servicio en condiciones y con*

abre la posibilidad, en determinadas condiciones, a arrendar ciertos medios e instrumentos (arts. 1.542 y 1543 CC). Por tanto, parece deducirse que los medios sobre los que recae el carácter de permanencia deben ser propiedad de los SPA; en el mismo sentido, se expresan el art. 1.2 y el Anexo II de la Orden TIN/2504/2010, de 20 de septiembre, que recogen no sólo un listado de medios mínimos que deberán tener en propiedad los SPA, sino referencias que permiten extraer algunos criterios para saber si algunos de los materiales, los instrumentos, las instalaciones, o los equipos, pueden obtenerse a través de otros negocios jurídicos que no sean el de adquisición en propiedad⁴⁰².

Antes de pasar a un análisis más detallado, conviene detenerse en la utilización por la norma de los conceptos de instalaciones y medios materiales o de instrumentación necesaria. En este sentido, hay que traer a colación, aunque se verá más adelante, que el art. 5 del RD 843/2011, de 17 de junio, en relación con el tema de los recursos materiales necesarios para la actividad sanitaria realizada por los SPA, diferencia entre locales, por un lado, y equipos y material adecuado, por otro. Cuestión que lleva a plantearse si, cuando el RSP y la Orden TIN/2504/2010, de 20 de septiembre, hablan de instalaciones, se están refiriendo o no a los locales donde se desarrolla la actividad preventiva, ya que estas normas no hacen referencia expresa al término “locales”. Si se entendiera que aquí instalaciones es sinónimo de locales, entonces se tendría que afirmar que, salvo excepciones, los SPA tendrán que tener la propiedad de los locales donde se desarrolle su objeto empresarial, conforme a lo establecido en el Anexo II de la Orden TIN/2504/2010, de 20 de septiembre. Sin embargo, no parece que la norma esté pensando en instalaciones en términos equivalentes a locales. En este sentido, instalaciones debe quedar referido al conjunto de cosas instaladas en un determinado lugar, y no tanto, al recinto provisto de los medios necesarios para llevar a cabo una actividad profesional⁴⁰³.

Varias razones llevan a esta conclusión. Primero, no tendría mucho sentido que los locales donde se desarrolle parte de las actividades preventivas técnicas tuvieran que ser propiedad del SPA cuando la norma está permitiendo para las actividades de Medicina del Trabajo que sean alquilados o cedidos (art. 5.3 RD 843/2011, de 17 de

un tiempo de respuesta adecuado, sin perjuicio de la obligación de contar con carácter permanente con los recursos instrumentales mínimos a que se refiere el artículo 18.

⁴⁰² El art. 1.2 de la Orden TIN/2504/2010, de 20 de septiembre establece por su parte que: “De acuerdo con lo determinado en el artículo 18 del Reglamento de los servicios de prevención, las entidades especializadas que actúen como servicios de prevención ajenos deberán disponer, como mínimo, de las instalaciones e instrumentación necesarias para realizar las pruebas, reconocimientos, mediciones, análisis y evaluaciones habituales en la práctica de las especialidades preventivas, así como para el desarrollo de las actividades formativas y divulgativas básicas. A estos efectos, en el anexo II de la presente orden se incluyen los recursos instrumentales mínimos con los que el servicio de prevención ajeno debe contar”.

⁴⁰³ Definiciones ambas recogidas en el Diccionario de la Real Academia Española.

juno); segundo, porque no se justifica necesariamente una repercusión directa entre la propiedad del local y la calidad de los servicios que presta el SPA; y, tercero, porque hacer una interpretación como esta, podría llevar a vulnerar la libertad de empresa sin una razón aparente o proporcionada que no parece que se pueda amparar en razones de interés general. La libertad de empresa debe permitir organizar el negocio como el empresario tenga por conveniente, siempre que no se perjudique el fin último perseguido: la salud laboral de los trabajadores a los que se atiende. Por lo que se refiere a los otros conceptos usados⁴⁰⁴ (instrumentos, equipos, materiales, etc.), sí que se pueden entender sinónimos y, por tanto, aplicarse la regulación que a continuación se describe.

A) Cantidad y calidad de los medios materiales

Es preciso dejar sentado que el mismo Anexo II de la Orden TIN/2504/2010, de 20 de septiembre no sólo exige la tenencia, en propiedad y arrendamiento (de manera excepcional), por parte del SPA de los medios o recursos necesarios, sino también su cantidad mínima en función del tiempo efectivo dedicado a cada especialidad por los técnicos que se dedican a ellas⁴⁰⁵, entendiendo por técnico tanto el superior como el intermedio, especialmente respecto de los materiales que puedan ser usados por ambos cuando las funciones preventivas que requieren del uso del equipo sean realizadas por los dos⁴⁰⁶. Además de lo anterior, hay igualmente que subrayar que las normas se refieren también a la obligación de identificación, mantenimiento y calibración de los equipos de tal forma que los SPA deben contar con un procedimiento de gestión que garantice, y con el que se pueda demostrar, las óptimas condiciones de las instalaciones y de cada uno de los equipos y materiales que se utilicen, y ello independientemente de que sea un recurso propio o arrendado⁴⁰⁷. Tanto es así, que se ha establecido que en todos los informes que realice el SPA deberá constar no sólo la identificación de los equipos utilizados, sino la identificación de quién es el

⁴⁰⁴ El art. 17.1 RSP habla de instalaciones y equipos necesarios; el art. 18.2 c) RSP de instalaciones e instrumentación necesaria; el art. 19.2 b) RSP de arrendamiento de instalaciones y medios materiales; el art. 1.2 Orden TIN de disponer de instalaciones e instrumentación necesaria; y, finalmente, el Anexo II Orden TIN de instalaciones y recursos instrumentales mínimos.

⁴⁰⁵ Por poner algún ejemplo, el Anexo II Orden TIN establece que se deberá disponer de una bomba de alto caudal por cada técnico, o de una de bajo caudal cada dos técnicos; de un equipo para medir la calidad de aire, por cada cuatro técnicos, etc.

⁴⁰⁶ Deben ser tenidos en cuenta tanto los técnicos de nivel superior como los intermedios porque tanto unos como otros son lo que se van a contabilizar a efectos de recursos humanos (aunque sea en diferente porcentaje), y sobre todo porque en ambos casos, podrán realizar funciones preventivas en las que pueden utilizar estos instrumentos siempre de acuerdo a las funciones que efectivamente puedan realizar cada uno (arts. 36 y 37 RSP)

⁴⁰⁷ En relación con los materiales, es de resaltar que no podrán ser objeto de arrendamiento de cosa los que puedan incluirse dentro de la categoría de bienes consumibles (según el art.1545 CC, “*los bienes fungibles que se consumen con el uso no pueden ser materia de este contrato*”).

propietario y proveedor de ellos y la referencia al certificado de calibración. Es decir, por vez primera, se incluye en la norma tanto la vertiente cuantitativa, que determina los equipos mínimos y la cantidad de ellos de que deben disponer los SPA, como la cualitativa, en cuanto si esos equipos materiales e instrumentos cumplen con los requisitos de calidad y adecuación.

B) La tenencia de equipos y materiales

Partiendo de la base de que los SPA deben disponer de los materiales, instalaciones e instrumentos que sean necesarios para realizar las pruebas, reconocimientos, mediciones y análisis que sean habituales en la prácticas de cada una de las especialidades preventivas⁴⁰⁸, y de que deben tener también los medios necesarios para desarrollar las actividades formativas y divulgativas básicas, esto es, la formación de los trabajadores a que se refiere el art. 19 LPRL, así como la formación de nivel básico regulada por el art. 35 RSP, ya se puede deducir el primero de los criterios para saber si esos medios deben ser propiedad del SPA o pueden ser arrendados. Se trata de la habitualidad de las actividades que se realicen y, por tanto, la frecuencia del uso del equipo o del material para llevar a cabo tales actividades. El propio Anexo II de la Orden TIN/2504/2010 al recoger un listado de materiales por especialidades ya está determinando, al menos en parte, cuáles son habitualmente los medios que se usan en cada especialidad, lo que no significa que sean los únicos necesarios y que por tanto, no haya que adquirir otros, pero estos serán de uso frecuente y habitual y por ende, deberán ser propiedad de la empresa.

El criterio de la habitualidad no es el único, ya que existe otro que se puede hacer derivar del propio tenor literal del art. 19.2 RSP y es el que se refiere al tiempo de respuesta que debe dar el SPA; esto es, en función de los servicios que haya que prestar de manera inmediata el SPA y que exijan un tiempo de respuesta adecuado. Lo que se relaciona con la posible utilización esporádica de dichos materiales. A este respecto, el propio Anexo II, al analizar los equipos que deben ser objeto de mantenimiento y calibración, hace alusión a aquellos que se hayan alquilado debido a su utilización esporádica. De manera que se puede afirmar que se entenderá por medios habituales no sólo los que el Anexo II establece como mínimos para cada especialidad, sino que lo serán también todos aquéllos que no se usen de forma puntual o esporádica para el desarrollo de las actividades preventivas.

Por último, y para completar este elenco de criterios, es interesante acudir a la ya derogada Orden de 27 de junio de 1997, por cuanto puede servir para interpretar lo

⁴⁰⁸ Se entiende que se está refiriendo a cada una de las especialidades técnicas, ya que los recursos materiales en la especialidad de medicina del trabajo quedan regulados específicamente en el RD 843/2011.

relativo a la necesaria propiedad o no de los recursos materiales. Así, su art. 1.2 establecía que serían suficientes y adecuados los locales, las instalaciones, los aparatos y los equipos teniendo en cuenta el trabajo, la extensión y la frecuencia de la actividad preventiva requerida por los conciertos, y en su caso por la ubicación de los centros de trabajo. Teniendo en cuenta todos estos criterios, ante la duda acerca de los materiales que es necesario tener en propiedad y que no se recogen expresamente en el Anexo II, habría que acudir a una especie de test de criterios de propiedad (habitualidad, tiempo de respuesta y utilización esporádica), y en último caso, se podría atender a la extensión, frecuencia de la actividad preventiva y ubicación de los centros de trabajo⁴⁰⁹.

Ahora bien, visto que la norma se decanta por la propiedad de los medios materiales, al menos de los que se utilizan de forma habitual, como criterio de suficiencia y adecuación, entendiendo que si son de propiedad de los servicios de prevención se garantiza su existencia y por tanto su utilización, queda por entender si los medios materiales que se incorporan por medio del arrendamiento de cosas, no permiten dar cumplimiento al requisito de suficiencia y adecuación y por ende no se podrán acreditar los servicios de prevención porque no cumplirán a estos efectos con los recursos materiales necesarios. Esta opción del legislador se deriva de una desconfianza, ya tradicional, en los servicios de prevención ajenos, ya que debería ser indiferente si los materiales se poseen por un título jurídico de propiedad o de un arrendamiento, ya que en cualquier caso se garantiza la tenencia plena de los mismos. De hecho el art. 1.2 de la Orden TIN/2504/2010 habla de que los SPA “deben disponer” o “deben contar” de los recursos materiales, por lo que lo importante es que los medios materiales estén a disposición del SPA, sea cual sea la forma en la que se tienen esos materiales o instrumentos. Y aún más, si se atiende, como se verá un poco más adelante, a la regulación de los recursos materiales de las actividades sanitarias de los servicios de prevención, se puede ver que allí, no sólo los locales, sino que todos los medios que sean necesarios pueden ser incorporados por medio del arrendamiento⁴¹⁰. Lo que da muestra de la irrelevancia que puede tener la forma jurídica por la que se adquieran.

⁴⁰⁹ En relación con la ubicación de los centros, un medio material puede ser necesario para el SPA en Madrid, por poner un ejemplo, y no serlo en Valencia, precisamente porque en Madrid se realiza de forma habitual una actividad preventiva que requiere de la tenencia de ese equipo o instrumento, mientras que no tendría que ocurrir lo mismo en Valencia, donde se atiende a otra tipología de empresa o se analizan y evalúan otros riesgos.

⁴¹⁰ Cabe recordar que la propiedad es el derecho más pleno sobre una cosa, el derecho a disfrutar, usar y disponer de ella sin más limitaciones que las establecidas en las leyes (art. 348 CC). Por su parte, las facultades que tiene el arrendatario sobre el bien arrendado son, evidentemente, más limitadas que las que tendría si fuera propietario puesto que, por definición, por virtud del contrato de arrendamiento de cosas el arrendador se obliga a ceder al arrendatario *el uso y el goce* de una cosa a cambio de un precio (art. 1543 CC) (acerca del arrendamiento de cosas y las obligaciones que surgen del mismo, por todos DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho civil patrimonial IV, Las particulares relaciones obligatorias*, Civitas, Navarra, 2011, pp. 257 y ss.; ÁLVAREZ OLALLA, P.; CÁMARA ÁGUILA, P.;

2.4.4. Los recursos necesarios para desarrollar la actividad sanitaria como especialidad concreta dentro del servicio de prevención

Una de las dimensiones más relevantes en relación con los recursos necesarios para desempeñar las actividades de prevención de riesgos se refiere a los recursos humanos y materiales precisos para llevar a cabo la actividad de vigilancia de la salud en las empresas ya sea a través de los SPA, ya sea a través de los SPP. El médico del trabajo ha sido a lo largo de la historia un elemento clave en la evolución de la prevención de riesgos y la salud ocupacional. Sin hacer un recorrido exhaustivo por la historia⁴¹¹, es importante destacar algunos hitos que se ha producido a lo largo del siglo XX y que son el antecedente de la situación actual en lo que se refiere a la organización de los médicos del trabajo en las empresas.

Con la Ley Benot, de 24 de julio de 1873, se estableció por primera vez la obligación legal para las empresas de más de 80 trabajadores de contratar un médico que residiera a una distancia no superior a 10 km, así como tener a disposición en la fábrica un botiquín para las primeras atenciones a los accidentados. Posteriormente, con el Reglamento de 1933, de Accidentes de trabajo en la Industria, se estableció la constitución obligatoria de un servicio sanitario en determinados trabajos y con el RD de 12 de mayo de 1926 se obligó a las empresas a constituir un laboratorio propio o mancomunado para el diagnóstico de la anquilostomiasis. Durante el franquismo, la Reglamentación de trabajo para la Industria Siderometalúrgica de 1942 estableció la asistencia obligatoria y permanente de un practicante en las fábricas que emplearan más de 250 trabajadores, así como la de una persona con conocimientos suficientes para realizar una cura de urgencia en las empresas de más de 50 trabajadores y que estuvieran alejadas más de 15 km. de un centro urbano.

COSTAS RODAL, L., et al, Arrendamiento (Contratos de cesión temporal de uso y disfrute), en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.), *Tratado de Contratos*, tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 2301 y ss.). Es cierto que el derecho de propiedad sobre los materiales e instrumentos es el derecho más pleno que se puede tener sobre los mismos y, en este sentido, puede vincularse con una cierta mayor estabilidad de cara a prestar los servicios de prevención. Pero realmente el arrendatario ejerce también sus facultades de uso y disfrute directamente sobre la cosa sin ninguna intermediación del propietario (de hecho esto ha dado lugar a un debate doctrinal acerca de la naturaleza jurídica del derecho arrendaticio, ver DíEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, op. cit., pp. 272 – 273). Tanto si la posesión de los materiales es por título de propiedad como si es por arrendamiento, las obligaciones del SPA frente a la empresa cliente no varían y las principales diferencias parece que residirían más bien en la esfera interna de la relación entre el arrendatario-SPA y el arrendador-tercero. Frente a la empresa cliente, el SPA está obligado a tener disponibles y en buenas condiciones los materiales, equipos e instrumentos necesarios para la prestación del servicio de prevención, obligación *a priori* de posible cumplimiento con la facultad de uso y goce de la cosa. Y esto, con independencia de que -en el caso de que esta facultad de uso de los bienes sea consecuencia de un contrato de arrendamiento-, existan obligaciones entre el arrendador-tercero y el arrendatario-SAP, por ejemplo, de saneamiento o de realización de reparaciones necesarias derivadas del contrato, que permanecen ajenas y en un plano distinto a la relación del SPA con la empresa cliente.

⁴¹¹ GARRIGUES GIMENEZ, A., *La organización de la prevención en la empresa*, op. Cit., pp. 153-175.

Con la Orden de 21 de septiembre de 1944 se crearon los comités de seguridad e higiene de forma obligatoria en industrias de más de 500 trabajadores y en centros siderometalúrgicos y de construcción con al menos 250 obreros; debiendo igualmente constituirse en empresas con un especial riesgo de elevada siniestralidad e insalubridad, o en aquéllas en las que trabajasen mujeres y niños o tuvieran más de 100 operarios. En estos comités estaba integrado el facultativo con mayor grado de especialización en accidentes de trabajo, que era elegido entre los médicos de empresa. Posteriormente, y bajo la influencia de las Recomendaciones 97 y 112 de la OIT y mediante el Decreto 1036/1959, de 10 de julio, se crearon los servicios médicos de empresa cuya lógica ha imperado durante toda la segunda mitad del siglo XX quedando ciertas reminiscencias en la actualidad.

Los servicios médicos de empresa debían constituirse en todas las empresas que ocuparan más de 100 trabajadores y en aquéllas que, aún teniendo una plantilla inferior, realizaran, a juicio de la Administración, actividades peligrosas. El servicio médico de empresa podía ser autónomo (en empresas de más de 1.000 trabajadores), o mancomunado. En este último caso, podía ser interno en una de las empresas, siendo externo para todas las demás; o bien podía ser externo a todos los efectos para todas. Una completa regulación de los servicios médicos de empresa y una escasa, confusa e inoperante regulación sobre el técnico de prevención, que era considerado como algo incidental con funciones residuales, hizo que el médico de empresa se convirtiera durante muchos años en la pieza clave de la seguridad en las empresas.

El Reglamento de los servicios médicos, elaborado mediante el Decreto 1036/1959, de 10 de julio, estuvo vigente hasta la promulgación de la LPRL quedando sus funciones trasferidas a los nuevos servicios de prevención y, en general, a las nuevas fórmulas de organización de la prevención. Se produce, por tanto, un cambio de modelo en materia de asistencia sanitaria y prevención de riesgos donde la vigilancia de la salud corresponde a los especialistas en medicina del trabajo, integrándose en el servicio de prevención junto a otros especialistas (técnicos de prevención) en Seguridad, Higiene y ergonomía y psicosociología. Finalmente, con la LPRL y el RSP se establece la nueva regulación sobre asistencia sanitaria en el lugar de trabajo.

No obstante, desde la aprobación de la LPRL, han sido muchas las voces que se han alzado reclamando una regulación concreta de la actividad de vigilancia de la salud, dada la falta de concreción por parte de la LPRL y del RSP. Esta petición se ha visto cumplida, al menos en parte, con la aprobación del RD 843/2011, de 17 de junio, por el que se establecen los criterios básicos sobre la organización de los recursos para desarrollar la actividad sanitaria de los servicios de prevención. Antes de analizar los problemas que plantea la aplicación de este RD hay que señalar cuál es la regulación actual en materia de organización de los recursos que desarrollan la actividad sanitaria.

Lo primero que hay que dejar claro es que los recursos exigidos para llevar a cabo la actividad sanitaria se integran dentro de los servicios de prevención, ya sean propios (cuando éstos asuman la especialidad de Medicina del Trabajo), ajenos, o mancomunados; así como que, para dar cumplimiento al deber de vigilancia de la salud, es necesario disponer de la organización, instalaciones, personal y equipos necesarios para el desempeño de la actividad y que los recursos humanos que tengan a su cargo esta especialidad deben tener la formación adecuada, regulada como tal en la Orden SCO/1526/2005, de 5 de mayo, y la Orden SAS/1348/2005, de 6 de mayo⁴¹².

El personal sanitario que se dedique a las actividades de Medicina del Trabajo desempeñará su trabajo dentro de la propia organización de la empresa cuando se trate de empresas que cuentan con su propio servicio de prevención o con un servicio de prevención mancomunado o del SPA. Por tanto, para poder llevar a cabo la vigilancia de la salud de los trabajadores así como toda una serie de actividades sanitarias, el empresario podrá contratar al personal cualificado necesario para establecer la especialidad dentro del SPP o tendrá que acudir necesariamente a un SPA (o a una sociedad de prevención); partiendo en todo caso de la base de la imposibilidad de que el empresario que asume la prevención de riesgos en la empresa pueda llevar a cabo la actividades de vigilancia de la salud en virtud del respeto al derecho a la intimidad y la dignidad de la persona que hacen imposible que pueda ser el empresario el que realice los reconocimientos médicos y las pruebas diagnósticas.. Además de que el art. 11.2 RSP, que regula la modalidad de asunción del empresario, establece que la vigilancia de la salud deberá llevarse a cabo a través de otras modalidades de organización de la actividad preventiva.

Más dudas se generan en torno a la posibilidad de que sean los trabajadores designados los que puedan llevar a cabo todo o parte de la vigilancia de la salud. A priori la única limitación legal, como se ha visto, queda referida al empresario. Es más, como ya se ha dicho, el art. 11.2 RSP establece que “la vigilancia de la salud (...) deberá cubrirse mediante el recurso a alguna de las restantes modalidades de organización preventiva prevista en este capítulo” entre las que se encuentra la modalidad de trabajador designado. Por tanto, y estrictamente, no existe ningún impedimento legal para que los trabajadores designados realicen funciones sanitarias siempre que cuenten con la formación en medicina del trabajo o enfermería del

⁴¹² Orden SCO/1526/2005, de 5 mayo por el que se aprueba el programa formativo de la especialidad de medicina del trabajo (BOE núm. 127, de 28 de mayo); Orden SAS/1348/2005, de 6 de mayo por el que se aprueba el programa formativo de la especialidad de enfermería del trabajo (BOE núm. 129, de 28 de mayo). La especialidad de medicina del trabajo quedó reconocida como tal con la Ley de 20 de julio de 1955. Posteriormente el Decreto regulador de las especialidades medicas de 1984 incluyó la medicina del trabajo como una de las especialidades que no requieren formación hospitalaria. Pero será con el RD 139/2003 donde cambia el modelo vigente hasta entonces, donde la medicina del trabajo pasa a ser una especialidad médica más que se lleva a cabo a través del sistema de residencia y de forma retribuida.

trabajo. Ahora bien, hay varias razones que llevan a entender que, como regla general, los trabajadores designados tampoco deberían asumir la vigilancia de la salud.

La primera de ellas está determinada por el propio número de trabajadores de la empresa. Aquellas empresas con más de 500 trabajadores o con más de 250 en caso de que sean peligrosas, deberán constituir un SPP y, por tanto, si una de las especialidades de ese SPP es la vigilancia de la salud, el personal que la lleve a cabo, quedará integrado en el mismo. La segunda de las razones radica en el hecho de que, para poder llevar a cabo las actividades sanitarias en las empresas, no sólo es necesario el personal suficiente y con la formación necesaria sino que, además, hay que disponer de las instalaciones y los materiales adecuados que difícilmente se poseen cuando la empresa piensa configurar su organización preventiva únicamente con trabajadores designados. En este sentido, tanto el Acuerdo de Criterios Básicos sobre la organización de los recursos para desarrollar la actividad sanitaria como el RD 843/2011 hacen constante referencia a los Servicios de Prevención Propios y Ajenos; además de que no hay que olvidar que es necesaria la autorización administrativa previa de los servicios sanitarios por parte de la Autoridad Sanitaria competente. Quizá esto sea así porque se entiende que una organización sanitaria como la que se exige sólo puede ser entendida dentro de una modalidad organizativa más compleja.

Otra razón que inclina la balanza hacia la exclusión de los trabajadores designados como encargados de la vigilancia de la salud es el art. 22 LPRL que impone que los reconocimientos médicos sólo pueden ser realizados y conocidos por los especialistas en Medicina del Trabajo y mal puede conjugarse esta previsión si este especialista es además compañero de trabajo que realiza otras funciones en la empresa, esto es, cuando no actúa sólo como médico o enfermero ya que no hay que olvidar que la propia naturaleza del trabajador designado permite que no sólo se ocupe de actividades preventivas sino también del desempeño de otro trabajo por cuenta ajena para la misma empresa.

Cuestión diferente es que la empresa, no obligada a tener un SPP, decida tener un trabajador designado que siendo médico del trabajo o enfermero del trabajo puedan llevar a cabo la vigilancia de la salud de forma exclusiva, contando además con los medios e instalaciones necesarias. Una situación así podría pensarse en aquellas empresas que tuvieran un servicio médico regulado a través de la normativa anterior y respecto del cual se prevé la integración en los SPP cuando éstos se constituyan o en los casos en los que se continuase realizando la actividad sanitaria pese a que no se constituya SPP (Disposición Adicional 2ª y 3ª RSP). Hay que recordar que fueron pocas las empresas que, tras la entrada en vigor de la LPRL y el RSP, decidieron usar la habilitación que le daba la Disp. Adic. 3ª RSP, siendo ésta una de las razones por las que se asistió a un momento de gran conflictividad laboral causada por los despidos objetivos de los médicos y enfermeros de las empresas que pasaron a contratar un

SPA como fórmula de organización de la prevención⁴¹³. Al respecto conviene decir que en las SSTS de 3 de octubre de 2000 y de 4 de octubre de 2000 se viene a aceptar el despido por causas objetivas (art. 52.c ET) del personal médico de los servicios médicos de las empresas cuando se cubrieran externamente todas las actividades o tareas que desempeñaba el servicio interno.

A) Recursos humanos necesarios para la actividad sanitaria en el SPA.

Una vez descartada la posibilidad de que el empresario lleve a cabo la vigilancia de la salud y asumido que el trabajador designado no es la mejor opción para hacerse cargo de la misma, el SPA (también el SPP y por ende el SPM) se configura como la modalidad organizativa que debe ofrecer esta especialidad preventiva. Centrando las cuestiones en el SPA (respecto al SPP y SPM se verán en el correspondiente capítulo), el RD 843/2011 ha realizado importantes cambios, no siempre en clave tan positiva como hubiera sido deseable, sobre la organización de los recursos humanos en relación con la actividad sanitaria.

El Acuerdo de Criterios básicos sobre la organización de los recursos para desarrollar la actividad preventiva sanitaria de los servicios de prevención de 2007 (en adelante, al Acuerdo de Criterios), había previsto una UBS (médico/a y enfermero/a) hasta 1.000 trabajadores, siendo a partir de ahí cuando debían ampliarse los recursos humanos aplicando el criterio de horas/trabajador/año, por un lado, y el criterio de actividades peligrosas del Anexo I del RSP, por otro. Estos criterios de proporcionalidad para dimensionar el área sanitaria y para establecer el tiempo de dedicación de los profesionales se aplicará cuando se origine un aumento de un tercio de la jornada. de tal forma que no se produciría un aumento de UBS en los incrementos de jornadas inferiores.

El RD 337/2010, de 19 de marzo, estableció la necesidad de aprobar una norma que contuviese el marco jurídico del Acuerdo de Criterios básicos; lo que sucedió mediante el RD 843/2011, de 17 de junio. Sin embargo, este RD no se ha limitado a recoger la regulación que ya establecía el Acuerdo, sino que ha hecho algunas modificaciones que inciden directamente en la configuración de los recursos humanos. La más importante de ellas es la que se refiere al número máximo de trabajadores que se podrán atender con una única USB, pasando de 1.000 a 2.000 trabajadores. Este incremento ha sido objeto de críticas por los propios especialistas de medicina y

⁴¹³ MONTROYA MELGAR, A. y CÁMARA BOTÍA, A., *Principios Jurídicos de la protección de la salud de los trabajadores en la empresa*, Revista La Mutua, núm. Extraordinario, junio 2002, en línea: http://www.fraternidad.com/descargas/FM-REVLm8e7_260_Principios_juridicos_de_la_proteccion_de_la_salud_de_los_trabajadores.pdf

enfermería del trabajo entendiendo que el aumento del número de trabajadores a atender por una única USB, supone un detrimento de las condiciones de seguridad y salud de los trabajadores, cuando realmente la única razón que lleva a ese aumento, se debe a razones únicamente economicistas⁴¹⁴. Sin embargo, hay que analizar todo el texto, tanto del Acuerdo como del RD para darse cuenta que los principales problemas no se centran en esta cuestión. La razón fundamental es que el propio Acuerdo preveía la posibilidad de no realizar aumentos de UBS aunque se superasen los 1.000 trabajadores mientras ello no implicara un aumento mínimo de un tercio de la jornada de la UBS. Esto supone que, para una UBS a jornada completa, entendiendo por tal, a modo de ejemplo, que son 1.826 horas anuales, el aumento de otra UBS sólo se produciría en empresas del Anexo I cuando hubiera 537 trabajadores más, y en el resto de empresas, es decir, aquellas que no sean peligrosas, cuando hubiera 1.074 trabajadores más. Así pues, no eran tantas las veces que se pasaba de tener una UBS a dos, y por tanto, en la mayoría de las empresas sólo se ampliaba el número de recursos humanos sanitarios cuando se tenía 2.074 trabajadores (o 1.537 en empresas de actividades peligrosas)

Sin embargo, este matiz no se recoge en el actual RD donde no se habla del tercio de jornada para aumentar o no las UBS y donde no se recoge expresamente nada sobre la necesidad de tener en cuenta las actividades peligrosas del Anexo I a los efectos de que se necesite una mayor atención sanitaria en estos casos. Por lo que se refiere al número de UBS, el art. 4.3, b) del RD recoge que, a partir de 2.000 trabajadores, se tendrá en cuenta la mayor eficacia del trabajo en equipo (que también se preveía en el Acuerdo) para lo que establece como referencia un cuadro en el que, a medida que aumenta el número de trabajadores en la empresa, disminuye el tiempo de dedicación de la UBS (menos minutos/trabajadores/año). En este caso, independientemente de la fórmula usada, el objetivo es evitar el sobredimensionamiento de los servicios de vigilancia de la salud. Cuando se realiza una actividad preventiva sanitaria se puede amortizar la misma aplicándola a un mayor número de trabajadores, por lo que más trabajadores no debe implicar necesariamente un aumento del personal sanitario. Sin embargo, la norma ha previsto que, para los casos de los SPA, se aplique un factor de corrección al alza según el número de empresas atendidas por éste (art. 4.3 c) y Anexo II RD 843/2011), ya que se entiende que el SPA presta servicios a distintos tipos de empresas con distintos tipos de actividades, pertenecientes a diferentes sectores productivos y con diferentes estructuras y problemáticas. En estos casos, por el contrario, se debe entender que si un servicio de prevención atendiera exclusivamente a empresas del mismo sector y con los mismos problemas preventivos, no sería necesario aplicar el factor de corrección. Pero la norma no establece expresamente esta conclusión, y el factor de corrección sólo tienen en cuenta el número de empresas

⁴¹⁴ SANCHEZ GARCÍA, M., *Sobre el proyecto para la modificación de la actividad sanitaria de los servicios de prevención*, Revista de Enfermería del Trabajo, núm. 1, pp. 53-54.

atendidas. Sin embargo, parece razonable que aplicar el art. 4.3 c) y el Anexo II lleve a entender que sólo se produzca el incremento de horas por trabajador al año cuando las empresas clientes del SPA sean variadas en sectores, complejidades y peligrosidad.

Por último, al igual que ocurre en relación con la determinación de los técnicos de prevención de las especialidades técnicas, se podrá distribuir el tiempo de trabajo del personal sanitario (médicos y enfermeros) en mayor o menor medida teniendo en cuenta la carga de trabajo así como las peculiaridades de cada servicio sanitario y de los centros de trabajo y trabajadores a su cargo (art. 4.3 d) RD 843/3011). Criterios que se repiten para establecer si un servicio sanitario de un servicio de prevención ajeno tiene los recursos suficientes y adecuados. Así lo recoge también el propio art. 4.3 a) RD 843/2011 cuando, de manera genérica, establece la necesidad de adaptar las USB en función de las características geográficas, del tipo de empresas que se atienda, de los riesgos existentes en las mismas, de las características de los trabajadores, y de lo que la Autoridad Sanitaria estime conveniente en cada caso concreto.

a) El tratamiento de los médicos y enfermeros que se encuentran en su última etapa formativa como residentes

Una de las cuestiones que más críticas ha suscitado entre los especialistas de Medicina del Trabajo y de los servicios de prevención tiene que ver con la posibilidad de que los médicos residentes puedan realizar prácticas en el servicio de prevención computando como parte de los recursos humanos necesarios (art. 4.6 RD 843/2011), de forma que puedan concurrir residentes de medicina del trabajo de tercer año y los de enfermería de segundo en aquellos servicios de prevención acreditados para impartir la formación, computándose un especialista por cada dos residentes.

Ha sido deseable durante años que los estudiantes de Medicina del Trabajo y de enfermería del trabajo pudieran realizar, al igual que sus homólogos en otras disciplinas o especialidades, una residencia (práctica profesional real). Ahora bien, podría resultar discutible que en el ámbito de la prevención de riesgos laborales el personal en formación pueda computar como plantilla estructural del SPA del que a su vez reciben formación. Las opiniones contrarias al cómputo entienden que el RD 1146/2006, de 6 de octubre, que regula la relación laboral especial de residencia para la formación de especialistas en ciencias de la salud considera esta relación laboral especial como mecanismo para que el residente reciba la formación a través de una práctica profesional programada, tutelada y evaluada hasta alcanzar los conocimientos y la responsabilidad profesional necesarias para el ejercicio autónomo de la especialidad; por lo que, mientras tanto, no es reconocido como especialista y no es autónomo para el ejercicio de la actividad. Otro de los argumentos que aportan los contrarios a la regulación actual es que los residentes (tanto de medicina como de enfermería) tienen que realizar rotaciones por otros servicios de salud, por lo que

durante este tiempo el residente no se encontrará en el SPA; y además, durante todo el tiempo que deba formarse el estudiante, el tutor asignado deberá dedicar parte de su tiempo a las labores de formación y supervisión y control de lo realizado por los residentes., por lo que debe ser tiempo a descontar de sus tareas preventivas sanitarias.

Pese a ello, hay que entender las razones que han llevado al legislador a adoptar esta regulación más permisiva. El hecho de que se proceda al cómputo de los residentes en medicina del trabajo en formación se justifica en que los especialistas en ciencias de la salud se vinculan al lugar donde realizan la residencia a través de una relación laboral especial y, por tanto, se trata de trabajadores por cuenta ajena. En consecuencia, no habría ningún impedimento legal en considerarlos como parte de la plantilla estructural de los servicios de prevención (acreditados, en todo caso). Cuestión diferente es que haya que plantearse si la contabilización de estos residentes dentro del cómputo de trabajadores que deben formar parte de un servicio sanitario, y por tanto, la posibilidad de que no haya otros médicos o enfermeros del trabajo con el título de especialista, puede provocar una merma en las condiciones de seguridad y salud de los trabajadores de la empresa. En este sentido, el legislador ha previsto ciertas limitaciones para el cómputo. La primera es que se trate de residentes que se encuentren en los últimos cursos, por lo que sus conocimientos y experiencia serán mayores; la segunda es que computen a los efectos del RD 843/2011 sólo como la mitad, esto es, que cada dos residentes se considerarán como un especialista. De esta forma, también se cubren las ausencias que pudieran generarse cuando los residentes tienen que hacer rotaciones en otros servicios de salud diferentes al servicio de prevención.

Además, el art. 4.6 in fine del RD 843/2011 prevé que computarán estos residentes “sin perjuicio de las garantías de supervisión y autorización de los residentes reguladas en el RD 183/2008, de 8 de febrero, por el que se determinan y clasifican las especialidades en ciencias de la salud y se desarrollan determinados aspectos del sistema de formación sanitaria especializada”. En este sentido, hay que traer a colación los arts. 11, 14 y 15 del RD 183/2008 que regulan fundamentalmente la presencia, control y supervisión del residente por parte del tutor. Así mismo, se prevé la necesidad de que el residente adquiera de manera progresiva mayor responsabilidad en su actividad a medida que avanza en la adquisición de las competencias previstas en el programa formativo, aunque, en ningún caso, ni en los cursos más avanzados, el tutor deja de tener cierto control sobre el residente. Así pues, no se produce una sustitución del médico y enfermero por parte de los residentes respectivos, ya que estos no sólo son necesarios para el cómputo y acreditación del SPA sino que se convierten en los tutores formativos de los residentes. Las normas sobre formación de residentes no parecen estar pensado en que los mismos formen parte de la plantilla ya que sólo entienden que el tiempo de residencia debe ser utilizado para la adquisición de

competencias que, después, esos médicos y enfermeros deberán desarrollar con su título⁴¹⁵.

En definitiva, la opción más adecuada parece difícil por cuanto hay argumentos a favor y en contra del cómputo de residentes como plantilla. Nuevamente habría que acudir a los criterios de suficiencia y adecuación y observar cada caso concreto para entender si realmente el cómputo de los residentes como plantilla puede implicar un perjuicio en la seguridad y salud de los trabajadores, o si, por el contrario, aunque se computen como plantilla, la existencia y presencia constante de médicos y enfermeros especialistas hacen que el control de la actividad sanitaria que realizan los residentes sea completa. En este caso, el cómputo puede resultar adecuado y ventajoso. Teniendo en cuenta que el cómputo se hace cada dos residentes, que sólo a partir del cuarto curso, es cuando se comenzarían a contabilizarse, y que siempre tiene que haber al menos una UBS que controle y dirija el servicio sanitario, no parece nada descabellado que el legislador haya decidido que formen parte de la contabilización de los recursos humanos.

Otra cuestión que habría que plantearse queda referida a cuáles son los servicios de prevención que pueden dar esta formación de residentes, y por tanto, cuáles son los requisitos que deben cumplir para ello. A este respecto, lo primero que hay que decir es que parece que podrán acreditarse como unidades docentes tanto los servicios de prevención propios, como los mancomunados y los ajenos o externos. La norma habla de servicios de prevención en general por lo que no debiera haber ningún impedimento para que cualquiera de las modalidades de servicio de prevención pudiera acreditarse como unidad docente. El único condicionante es que el servicio de prevención propio o el mancomunado cuenten con la especialidad de medicina del trabajo, cuestión de sentido común, ya que de lo contrario no podrán cumplir con los requisitos de acreditación docente. Para conocer esos requisitos hay que acudir al Anexo II de la Resolución conjunta de los Ministerios de Educación y de Sanidad por la que se establecen los requisitos de acreditación de las unidades docentes multiprofesionales de obstetricia y ginecología, salud laboral y salud mental, de fecha 4 de mayo de 2010. En lo que aquí interesa, la Resolución establece la necesidad de que haya una UBS cuyos especialistas (médico y enfermero) tengan una dedicación a jornada completa, debiendo contar, además, con un programa de formación continuada, actividad investigadora, un sistema propio de auditorías, una biblioteca y un acceso a fuentes bibliográficas, así como un aula equipada con material docente.

⁴¹⁵ Resulta interesante, a estos efectos, recuperar el Estatuto de médico interno y residente de 2003 que establecía unas condiciones mínimas para el ejercicio profesional de los médicos internos y residentes (que fue sustituido, precisamente, por el RD 1146/2006) cuyo apartado quinto de la materia laboral y asistencia recogía que “los residentes no se computarán nunca como plantilla de sus respectivos servicios a efectos de estadísticas de previsión de actividades”.

Por último, también habría que tener en cuenta de forma complementaria algo que sólo es aplicable a los supuestos de SPP y no a los SPA como es si los residentes que computan pueden ser utilizados para que se les aplique a las empresas la Disposición Adicional Única del RD 843/2011, sobre reducción de las cotizaciones por contingencias profesionales; según el cual un aumento del número de médicos o enfermeros del trabajo se considerará incremento de la plantilla de recursos preventivos propios a efectos del RD 404/2010, de 31 de marzo. La respuesta debe ser negativa ya que, pese a que computan, no forman parte de la plantilla por cuanto se trata de personal en formación; y a mayor abundamiento porque la Disposición habla literalmente de la incorporación de médicos o enfermeros con título oficial, y los residentes en ningún caso están en posesión del mismo.

b) Otros médicos especialistas que participan en el servicio sanitario del servicio de prevención: limitaciones

Junto a los médicos residentes, pueden participar en el servicio sanitario otros médicos o enfermeros especialistas en posesión del título oficial en función de la capacitación asociada a su especialidad, cuyo tiempo de trabajo contará a efectos de dotación de los recursos humanos de los servicios sanitarios de los servicios de prevención... Parece que se trata de especialistas cuya intervención pueda apreciarse en la valoración del estado de salud y de aptitud de un trabajador, como por ejemplo, los cardiólogos, los radiólogos, los oftalmólogos, los otorrinos, etc. En definitiva, se trata de la participación de otros médicos especialistas que, sin ser médicos del trabajo, forman parte de los recursos computando como parte de los servicios de prevención (art. 4.2 in fine RD 843/2011). Podrán participar en el servicio sanitario en función de la capacitación asociada a su especialidad o disciplina y su tiempo de trabajo contará a efectos de dotación de recursos, aunque existen especialidades cuya actividad sería básicamente incompatible con la pertenencia a un servicio de prevención (como por ejemplo, pediatría, geriatría, especialidades quirúrgicas).

La justificación de la prestación de servicios de médicos especialistas distintos a los médicos del trabajo se encuentra en la idoneidad de la especialidad médica concreta para la realización de la actividad sanitaria del servicio de prevención de acuerdo con los riesgos asociados al trabajo. Sin embargo, se ha generado en torno a esta cuestión varias críticas a lo que habría que sumar una serie de dudas estrictamente laborales. La primera de ellas tiene que ver con el tipo de contratación. Habría que determinar si en estos casos, también debe tratarse de un contrato laboral, pasando a formar parte de la plantilla del servicio de prevención, o si por el contrario estamos ante un supuesto en el que se puede acudir al mecanismo de la subcontratación. La segunda cuestión, y ya en relación con las críticas suscitadas, tiene que ver con la manera de computar el

tiempo de trabajo de esos profesionales y si ese cómputo supone una reducción del tiempo de trabajo de los especialistas en Medicina del Trabajo⁴¹⁶.

Por lo que se refiere al vínculo jurídico que pueden o deben tener estos especialistas con el servicio de prevención, es preciso acudir a la finalidad de la norma dado que no se encuentran referencias expresas en la misma. En este sentido, el RD 843/2011 nace bajo la influencia de los principios de calidad y mejora de los recursos humanos y materiales y el favorecimiento de los recursos propios como medios para llevar a cabo las actividades preventivas⁴¹⁷. Así pues y bajo este prisma, habría que entender que estos médicos especialistas deberían formar parte de la plantilla del SPA. Sin embargo, no hay que decantarse tajantemente por esta solución. Pese a que la Guía de aplicación del RD 843/2011 establece que estos especialistas formarán parte del servicio de prevención con una vinculación contractual de las mismas características que la de los especialistas en medicina del trabajo, sin embargo, no parece que sea obligatorio que el personal sanitario especializado tenga que tener necesariamente un vínculo jurídico-laboral. Hay dos razones que llevan a esta conclusión. La primera, la propia redacción del art. 4.2 RD 843/2011 que sólo establece que el tiempo de trabajo de estos especialistas contará a efectos de dotación de los recursos humanos del servicio sanitario, pero bien puede computarse este tiempo aunque se trate de una subcontratación de tales servicios médicos. La segunda razón de ello se puede hallar en el art. 19.2 RSP que prevé para supuestos de actividades que requieran conocimientos especiales, el recurso a la subcontratación externa. Además, para estos casos la norma establece la subcontratación con profesionales o entidades sin más limitaciones, por lo que lo razonable en estos casos, y muy especialmente en relación con los SPA, es acudir a los especialistas médicos que se requieran en función de los riesgos a que están expuestos los trabajadores a través de un contrato que la propia entidad hará con el profesional especialista (autónomo) o con un servicio de salud o clínica que pueda prestar el servicio de ese especialista (contrato de arrendamiento de servicios).

Ahora bien, la crítica reside en que si el tiempo de trabajo de estos profesionales sanitarios computa a efectos de recursos humanos de los servicios de prevención, sería más razonable que deban pertenecer a la plantilla como recurso propio con el mismo vínculo que tengan el resto del personal sanitario. Y ello, porque no sólo se pueden tener en cuenta el tiempo que dediquen estrictamente a su especialidad, sino que el

⁴¹⁶ Sobre las críticas, se pueden observar las establecidas por la Federación Española de Enfermería del Trabajo, de fecha 19 de noviembre de 2012: “En relación con la participación de otros especialistas sanitarios (...) consideramos que iría en detrimento de la calidad de la asistencia-prevención y por consiguiente en la adecuada protección de la seguridad y salud de los trabajadores. En este sentido hacemos constar que ya está establecida la colaboración con otros especialistas...”

⁴¹⁷ Todo ellos como consecuencia del RD 337/2010 que es a su vez la consecuencia legislativa de la aplicación de la Estrategia Europea y Española de Seguridad y salud en el trabajo quiere implantar la opción por lo recursos propios como sistema para mejorar la prevención de riesgos laborales

hecho de computar como recurso humano del servicio de prevención tiene más implicaciones. Estos especialistas deberán participar en las actividades que el servicio sanitario del SPA organice o les sean asignadas por el convenio colectivo en su caso; además de formar parte de los programas de vigilancia de salud individual y colectiva, y de los programas de formación y concienciación de la salud laboral de los trabajadores⁴¹⁸.

La presencia y apoyo de otros médicos dentro del servicio de prevención, cuando los factores de riesgo existentes en un medio laboral concreto lo aconsejen, es muy adecuado para tener y mantener unos niveles de calidad y de eficacia de la prevención. Sin embargo, resulta un error haberlos considerado por parte del legislador como efectivos en el cómputo de los recursos humanos. La formación recibida por el especialista en Medicina del Trabajo está integrada en el grupo de las dieciocho especialidades de coordinación con formación armonizada en todos los estados miembros de la Unión Europea cumpliendo con los requisitos de la Directiva 2005/36/CE, y regulada por la Ley 44/2003, de 21 de noviembre de ordenación de la profesiones sanitarias y por la Orden SCO/1526/2005, de 5 de mayo, por lo que la especialidad está dotada de contenido y de campo de actuación propio. El acceso a los servicios de otros profesionales mejora la calidad prestada por el servicio sanitario por cuanto los resultados sobre la salud laboral de los trabajadores pueden ser más eficaces. Pero esto se puede conseguir a través de la contratación externa de actividades especializadas y no mediante la incorporación a los servicios de prevención de forma que compute a efectos de recursos sanitarios. Todas las voces de las asociaciones de medicina y enfermería del trabajo entienden la inclusión en el cómputo no es razón y no conlleva una mejora la seguridad y la salud de los trabajadores⁴¹⁹.

A modo de conclusión, hay que analizar si el hecho de que este personal sanitario cuente como tiempo de trabajo a efectos de recursos produce un efecto positivo sobre la calidad y mejora del servicio sanitario de los servicios de prevención. La participación de este personal sanitario debe configurarse a modo de apoyo en cuanto a la labor de vigilancia de la salud (individual o colectiva). Es innegable, que contar con este personal, al que acudir para mejorar la asistencia sanitaria preventiva, supone una mejora en la calidad y eficacia del sistema preventivo. Lo que ya es más discutible es la manera en la que la Ley lo regula y lo que ello puede suponer en la práctica. Si bien

⁴¹⁸ Esta solución puede ser excesiva, no tanto para el SPA, como sobre todo para los SPP al obligarse a las empresas a que asuman el coste laboral de un médico especialista ante la necesidad del mismo.

⁴¹⁹ Sobre estas y otras cuestiones se puede ver las alegaciones de las sociedades y asociaciones de especialistas en Medicina del Trabajo al borrador de Guía Básica y General de orientación de las actividades de vigilancia de la salud de los trabajadores para la prevención de riesgos laborales realizadas en Madrid en fecha 6 de diciembre de 2012, en línea: <http://www.ammtas.com/noticias/alegaciones-rd843-2011.html>

es cierto que no es obligatorio contar con médicos y enfermeros como recursos propios (la norma dice “podrán participar”), no es menos cierto que si finalmente participan, al contar cuantitativamente a efectos de dotación del servicio (independientemente de la modalidad del vínculo jurídico), esto puede suponer una reducción, o cuanto menos, no un aumento del tiempo de trabajo de los que realmente deben encargarse del servicio sanitario. Por tanto, el objetivo de mejorar la calidad con la colaboración interdisciplinar queda mermada por una posible disminución del tiempo que debería dedicar el especialista de medicina y enfermería laboral. En todo caso, no parece razonable que el tiempo de dedicación de estos especialistas sea superior al de los profesionales de la Medicina del Trabajo. Pero la norma no ha regulado el tiempo de dedicación computable. Dado que este personal sanitario sólo puede desarrollar su actividad en función de los riesgos laborales a los que están expuestos los trabajadores del SPP, o de la población de trabajadores concertada en el SPA, parece que el tiempo de dedicación deberá respetar la proporción de su necesidad en función de esos riesgos.

B) Recursos Materiales necesarios para llevar a cabo la vigilancia de la salud

Al igual que ocurre con los recursos humanos de los servicios sanitarios de los servicios de prevención, los recursos materiales deben ser suficientes y adecuados. La dotación de equipos y materiales sanitarios deben ser los necesarios para desarrollar adecuadamente las funciones y actividades del servicio de prevención, con lo que nuevamente la dificultad residirá en la determinación de qué es suficiente y qué es adecuado (artículo 5.1 y 5.4 RD 843/2011)

El art. 5 RD 843/2011 y su Anexo III establecen las condiciones y recursos que debe estar dotado todo servicio sanitario, independientemente de que se trate de un SPP o de un SPA, e independientemente del tipo de actividad a la que se dedique la empresa o empresas a las que se presta servicio. La única excepción se establece en el apartado a) del Anexo III donde el audiómetro y la cabina audiométrica sólo son obligatorios para los SPA y para los SPP en el caso de las empresas en las que haya exposición al ruido. De esta forma, y salvo servicios sanitarios ofrecidos y prestados a empresas con riesgos triviales, será necesario completar los requisitos y condiciones mínimas en función de las actividades de las propias empresas y siempre con el fin de detectar los riesgos que el trabajo produce en la salud de los trabajadores⁴²⁰. Por su parte, y así lo

⁴²⁰ Estos requisitos mínimos, recogidos en el RD 843/2010, resultan del cumplimiento del art. 4.2 RD 1277/2003, de 10 de octubre: “Los requisitos mínimos comunes para la autorización de instalación, funcionamiento o modificación de un centro, servicio o establecimiento sanitario serán determinados por real decreto para el conjunto y para cada tipo de centro, servicio y establecimiento sanitario. Se tratará de requisitos dirigidos a garantizar que el centro, servicio o establecimiento sanitario cuenta

recoge expresamente el art. 3.3 RD 843/2011, no se incluirán entre las actividades sanitarias desarrolladas por los servicios sanitarios de los servicios de prevención la realización de exploraciones y pruebas no relacionadas con los riesgos laborales específicos de las tareas asignadas a los trabajadores, por lo que, a sensu contrario, ello significa que deben realizar las tareas sanitarias relacionadas con los concretos riesgos del trabajo y, por ende, disponer de los medios, equipos, instalaciones, herramientas e instrumentos que sean útiles para practicar todas las pruebas concernientes a los riesgos del puesto de trabajo⁴²¹.

Los servicios sanitarios serán adecuados y suficientes cuando estén en condiciones de prestar todas las actividades preventivas que les sean contratadas⁴²²; o de todos los programas preventivos no relacionados directamente con los riesgos de los puestos de trabajo cuando éstos hayan sido acordados en la negociación colectiva (tanto en el caso de los SPP como cuando las empresas que contraten un SPA, también lo hayan negociado con los representantes). Concretando aún más por lo que se refiere a las condiciones y requisitos mínimos establecidos en las normas respecto de los medios materiales y recursos, varias son las apreciaciones que hay que hacer.

En primer lugar, por lo que hace a los locales, hay que tener en cuenta que estos pueden ser propios, pero también pueden ser alquilados o cedidos (art. 5.3 RD 843/2011)⁴²³. Además, la norma prevé el uso de los locales exclusivamente por el

con los medios técnicos, instalaciones y profesionales mínimos necesarios para desarrollar las actividades a las que va destinado". A ello hay que añadir lo establecido en este mismo precepto en su parte final cuando establece que: "Los requisitos mínimos podrán ser complementados en cada comunidad autónoma por la Administración sanitaria correspondiente para los centros, servicios y establecimientos sanitarios de su ámbito".

⁴²¹ Del art. 22 LPRL y el art. 37.3 RSP se desprende que los reconocimientos médicos deben ser específicos del puesto y las funciones que realiza el trabajador. Sin embargo puede observarse, sobre todo de la regulación convencional que hay un predominio de los reconocimientos genéricos frente a los específicos siendo una cuestión que poco a cambiado a lo largo del tiempo. Desde el Acuerdo para la Negociación Colectiva del año 2003 hasta el presente III Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva (2015-2017) se aconseja la sustitución de los reconocimientos genéricos por los específicos y que esos reconocimientos deben traducirse en la detección de enfermedades profesionales y en la determinación de medidas concretas en los puestos de trabajo. Sin embargo, y pese a la evolución que se ha producido en esta materia y en el sentido indicado, siguen siendo muchos los convenios que recogen reconocimientos genéricos sin ningún tipo de conexión entre las pruebas que establecen y la prevención de riesgos de los concretos puestos de trabajo. Entre otros puede verse el art. 43 del Convenio colectivo de Liberty Seguros Compañía de Seguros y Reaseguros S.A (registrado y publicado en la Resolución de 18 de noviembre de 2014); o el art. 84 del Convenio Colectivo de la Compañía Distribución Integral Logística S.A. (registrado y publicado en la Resolución de 21 de febrero de 2012) que establece una regulación muy general con un reconocimiento basado en el historial Clínico del Trabajador donde se tiene en cuenta el puesto de trabajo pero donde siguen manteniéndose los reconocimientos genéricos de salud y no se hace ninguna alusión a pruebas específicas.

⁴²² En el caso de los SPA; o aquellas que deban ser realizadas por el mismo en función de las especialidades prestadas en el caso de los SPP.

⁴²³ En el caso de que los locales estén arrendados, la norma que regirá este contrato de arrendamiento entre el SPA-arrendatario y el propietario-tercero con preferencia a lo dispuesto en el Código civil, será

servicio de prevención, al menos en las horas que éste tenga contratadas para la realización de la actividad preventiva. Ello implica que las instalaciones sanitarias no sólo no tienen que ser propiedad de los SPA, sino que, además, deberán poder hacer uso de las mismas durante el periodo de tiempo acordado, pudiendo, por tanto, dedicarse estas instalaciones a otros usos sanitarios. Esta situación, sin duda, abarata el coste de tener, para el SPP, la especialidad de Medicina del Trabajo. No obstante, y pese a ello, los recursos humanos sí que deberán ser personal propio en la jornada que sea adecuada.

En consecuencia, es indiferente el título jurídico por el que se poseen y utilizan los recursos materiales, y que son permitidos por la Autoridad Sanitaria, mientras que se cumplan algunas condiciones. Sin embargo, es importante tener en cuenta que, en todo caso y sea el negocio jurídico que sea, el SPA será el responsable del mantenimiento y actualización de las instalaciones y del equipamiento aunque se trate de instalaciones alquiladas o materiales y equipos concertados (art. 5.8 RD 843/2011)⁴²⁴. A este respecto, la norma habla del titular del servicio de prevención, que en el caso de los SPA serán los administradores o la persona o personas que aparezcan como propietarios del mismo, y en el caso de los SPP será quien aparezca como empresario. El servicio sanitario del SPP debe cumplir con los requisitos establecidos en el art. 5 RD 843/2011, a lo se deben añadir los establecido en el RD 505/2007, de 20 de abril, por el que se aprueban las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad para el acceso y utilización de los espacios públicos urbanizados y edificaciones y también lo establecido en el RD 486/1997, de 14 de abril, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en los lugares de trabajo. Por lo que se refiere a esta última norma, resulta conveniente acudir a la Guía del INSHT sobre evaluación y prevención de los riesgos relativos a los lugares de trabajo ya que servirá de ayuda en el conocimiento, interpretación y aplicación de las condiciones que deberán reunir los locales de los servicios sanitarios.

En segundo lugar, en relación con el material y equipamiento sanitario con el que deben contar mínimamente los locales hay que acudir al Anexo III RD 843/2011. En esta ocasión se trata prácticamente de una simple trasposición literal del Acuerdo de Criterios básicos sobre la organización de los recursos para desarrollar la actividad sanitaria, en su última versión de 2007. Si bien es cierto que hay algunos cambios que merece la pena destacar. El primero de ellos consiste en que el RD deja claro que los materiales y los equipos sanitarios necesarios también se pueden arrendar, no teniendo que ser propiedad de la empresa. Así lo recoge el art. 5.4 cuando dice que los equipos

la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (concretamente, en lo referente a los arrendamientos de local de negocio)

⁴²⁴ Nos remitimos aquí a lo dicho en la nota a pie núm. 10, respecto a la responsabilidad del SPA frente a la empresa cliente con independencia de las obligaciones que surjan del contrato de arrendamiento, en su caso, respecto de las reparaciones y mantenimiento de los bienes arrendados.

y material propio o concertado deberán ser adecuados, ya sean propios, ya sean concertados. Ciertamente es que el listado que recogía el Acuerdo de 2007 ya establecía, respecto de algunos materiales, que podían ser propios o concertados (como también lo hace el Anexo III del RD 843/2011), pero ahora queda claro que podrán ser materiales concertados todos y no sólo los que expresamente se establezcan como tal. El segundo de esos cambios, se observa en relación con el material requerido para atender urgencias y primeros auxilios. En el Acuerdo se recoge con más amplitud y especificación el aparataje que se considera mínimo para estos supuestos y así se establece que será necesario tener equipos de reanimación cardiopulmonar básica, ambú y tubo guedel. En el RD, sin embargo, cuando se refiere a material de urgencias y primeros auxilios, sólo se establece que será el suficiente, sin hacer mención a nada más. Es posible que se sobreentienda la obviedad de la tenencia de un equipo de reanimación básico para atender urgencias y primeros auxilios y que no habrá autorización sanitaria sin su existencia; pero no hubiera estado de más, dado que se trata de una copia literal del listado del Acuerdo, que se hubiera recogido en los mismos términos, e incluso con la inclusión de algún equipo más actualizado como podrían ser los desfibriladores automáticos.

En todo caso, se insiste en la idea de que lo relevante es determinar qué es suficiente y adecuado para cada SPA en función de los riesgos derivados de las empresas que atiendan; tarea que le corresponderá a las autoridades sanitarias competentes que se encarguen de comprobar que los materiales usados son los adecuados al fin que se persigue y, en última instancia, a la ITSS que puede detectar la falta de adecuación del servicio sanitario o la insuficiencia de los recursos. Es importante tener en cuenta que, a diferencia de lo que ocurre con los SPA donde los recursos materiales deben ser completos porque es posible que se de servicio a empresas con muy distintos riesgos, en los SPP los recursos materiales deben limitarse al estudio y valoración de los riesgos de la propia empresa y exclusivamente de ella.

A este efecto hay que traer a colación el art. 10 y el Anexo VI del RD 486/2010 en lo que tiene que ver con el material y los locales de primeros auxilios, por cuanto lo que aquí se establece es parte de los que el RD 843/2010 considera suficiente y adecuado. En este sentido, el material de primeros auxilios deberá adaptarse a los riesgos a los que estén expuestos los trabajadores y al número de trabajadores atendidos. A ello hay que añadir que, si todos los lugares de trabajo deben disponer de una serie de materiales (anexo VI. A) 3), estos deberán estar en todos los servicios sanitarios de los servicios de prevención. Además de contar con todo el material, éste deberá estar revisado de forma constante y ser periódicamente cambiado cuando caduque o cuando llegue al fin de su utilidad, debiendo mantenerse en condiciones óptimas.

C) Unidades Móviles Sanitarias como parte del Servicio Sanitario del Servicio de Prevención

Por último, hay que hacer una referencia a las unidades móviles complementarias que quedan reguladas actualmente en el art. 5.7 del RD 843/2011, de 17 de junio. Las unidades móviles son complementarias, en todo caso, de los servicios sanitarios de prevención, por lo que, en todo caso, deberá existir un centro sanitario fijo del servicio de prevención. Las unidades móviles son unos vehículos que permiten prestar servicios sanitarios en centros de trabajo alejados de las instalaciones del servicio sanitario y que permiten una mejor accesibilidad de los trabajadores. Quiere ello decir que la unidad sanitaria móvil ayuda a prestar el servicio sanitario a los trabajadores pero no sustituye al propio servicio de prevención sanitario de instalaciones fijas. No obstante, estas unidades móviles deben obtener la autorización sanitaria correspondiente, y en ella se deberá indicar su ámbito de actuación. La norma también recoge que estas unidades móviles sanitarias deben estar equipadas con los materiales que sean necesarios y suficientes para garantizar la vigilancia y atención de los trabajadores y como mínimo deberán tener las dotaciones exigidas a las instalaciones fijas. Al respecto, el art. 5.7 remite a las normas específicas sobre centros móviles de asistencia sanitaria.

Pero hay cuestiones que no se recogen en el precepto y que pueden plantear ciertas dudas. La primera es si un centro móvil autorizado por una comunidad autónoma puede prestar servicio en otra, por ejemplo en empresas con centros de trabajo dispersos geográficamente en dos comunidades autónomas; la segunda, si el tratamiento de las unidades móviles debe ser el mismo para un SPP que para un SPA; la tercera se refiere a los recursos humanos de los que debe disponer la unidad móvil; la cuarta, es la posibilidad de subcontratar estas unidades móviles por un servicio de prevención o si es necesario adquirir la misma como parte de ese servicio de prevención; y la quinta está relacionada con la valoración de la excepcionalidad de la utilización sobre todo en comunidades autónomas grandes donde los trabajadores se encuentran dispersos en lugares de trabajo de la misma comunidad autónoma o en comunidades autónomas limítrofes, pero alejadas de las instalaciones fijas del servicio de prevención. Algunas de las respuestas se pueden hallar, en cierto modo, en el Acuerdo de Criterios básicos sobre la organización de los recursos para desarrollar la actividad sanitaria de 2007 porque, al tener un contenido más amplio que el del RD 843/2011, puede servir a la interpretación del precepto del RD, por cuanto no contradice lo allí expuesto. Además la Guía para la Aplicación del RD y las normas autonómicas posteriores al RD utilizan el Acuerdo de Criterios de 2007 como base para el desarrollo de su explicación o contenido.

Así ocurre, por ejemplo con el tema de los recursos humanos con los que deben contar las unidades móviles. Nada regula el RD a este respecto, pero el Acuerdo de Criterios

de 2007 y las normas autonómicas viene a establecer que deberán tener un médico del trabajo y un enfermero del trabajo (una UBS). El Acuerdo exige que haya también un conductor que tenga permiso de circulación necesario para conducir unidades móviles. En todo caso, parece que la UBS debe formar parte de la plantilla del servicio de prevención, pudiendo tratarse de una diferente a la que se encuentra en las instalaciones fijas, o tratarse de la misma, teniendo en cuenta el tiempo de trabajo en la unidad móvil a todos los efectos. Respetando todas estas limitaciones, las comunidades autónomas podrán suscribir acuerdos por los que la autorización concedida a una unidad móvil en una de ellas será válida en otra; pero, en todo caso, lo importante es que comuniquen a todas las CCAA su ámbito de actuación. Por otro lado, respecto a la propiedad o arrendamiento de las unidades móviles, y aunque nada se diga al respecto, no sólo es válido el negocio jurídico de adquisición de la propiedad de la unidad móvil, sino que también debe ser aceptado el alquiler en forma de cesión del uso de estos centros móviles, al igual que ocurre con los locales e instalaciones fijas del servicio sanitario. Lo relevante es que el personal que lleva a cabo las actividades sanitarias pertenezca a la plantilla y que el titular del servicio de prevención mantenga en buen estado todos los materiales y equipos de la unidad móvil. No se trata, por tanto, de una subcontratación del servicio de la unidad móvil, que estaría prohibido, sino que se puede realizar cualquier contrato de cesión de uso con las empresas que posean estas unidades aunque el servicio en sí deba ser prestado por el personal propio del servicio de prevención.

Sin embargo, con el resto de cuestiones planteadas, la respuesta se debe encontrar en el sentido dado a la regulación de los recursos de los servicios de prevención en las últimas reformas normativas, y ello como consecuencia de la aplicación de las normas sobre el libre acceso a las actividades de servicios y a la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de unidad de mercado, en la misma línea de lo que ya se dijo respecto a la acreditación de los SPA y la autorización de las actividades de sanitarias de estos servicios. Varias son las normas que se pueden encontrar sobre la regulación de las unidades móviles de los servicios de prevención que contradicen de manera clara esta normativa. Suelen ser prescripciones que establecen la imposibilidad de que las unidades móviles puedan prestar servicios a partir de un determinado radio de acción, o que sólo podrán hacerlo hasta una determinada distancia⁴²⁵; o la prohibición

⁴²⁵ Tal es el caso de la Orden SAN/1283/2006, de 28 de julio de Castilla y León, que establece la imposibilidad que tienen las unidades móviles de actuar a una distancia determinada de las instalaciones fijas del servicio sanitario de la empresa, de forma que pueden dar apoyo en un determinado radio de acción que va desde 50 Km o 75KM desde el centro; o los Criterios de aplicación del RD 843/2011 para el desarrollo de la actividad sanitaria de los servicios de prevención, de octubre de 2012, para Valencia, en <http://www.invassat.gva.es/documents/161660384/161741705/Algunos+criterios+de+aplicaci%C3%B3n+del+real+decreto+843/2011+Para+el+desarrollo+de+la+actividad+sanitaria+de+los+servicios+de+prevenci%C3%B3n/c3dafc8f-755d-47e6-be23-930675e0d9b3> y Orden de 20 de febrero de 1998, del Consejo de Sanidad de la Comunidad Valenciana por la que se desarrollan las competencias de la

de utilizar unidades móviles en polígonos industriales, parques empresariales o en aquellas empresas donde se desarrollen actividades peligrosas; o de realizar vigilancia de la salud a más de un porcentaje de los trabajadores atendidos, de forma que se garantice siempre que haya un volumen importante en los centros o instalaciones fijas⁴²⁶.

Para entender estas cuestiones se debe traer a colación el supuesto concreto del Decreto 72/2014, de 23 de julio por el que se regula la utilización de unidades móviles por los servicios de prevención de riesgos laborales, que establece en su art. 4 determinados requisitos para las unidades móviles. Por un lado, el art. 4.1 establece que a) el personal sanitario de la unidad móvil estará constituido por un médico del trabajo y un enfermero del trabajo o de empresas de la plantilla del servicios de prevención; b) que la unidad móvil deberá contar con la misma dotación exigida a las instalaciones fijas; y c) que la unidad móvil deberá tener los instrumentos homologados. Se puede entender que estos requisitos se identifican con el ámbito en el que el RD 1277/2003, de 10 de octubre, considera oportuno que las comunidades autónomas puedan establecer exigencias y requisitos adicionales⁴²⁷ pero condicionados a los principios de necesidad y proporcionalidad, como ya se indicó. Por otro lado, el Decreto da un paso más allá y establece un art. 4.2 que recoge requisitos de funcionamiento o de ejercicio de la actividad. Así pues, establece que la unidad móvil sólo podrá actuar en una franja de distancia al centro sanitario fijo; que no se podrá usar esta unidad en los polígonos industriales, parques empresariales o lugares similares donde se concentren empresas; que no se pueden usar en caso de que las empresas desarrollen actividades peligrosas; y que sólo se pueden utilizar para dar cobertura a un porcentaje de trabajadores.

Pues bien, en relación con estos requisitos se ha producido el problema que, llevó en primer lugar a que la Comisión Nacional de Unidad de Mercado y de la Competencia se opusiese a la aplicación de este Decreto por cuanto vulneraba la Ley de Garantía de

autoridad sanitaria en la Comunidad Valenciana establecidas en el Reglamento de los Servicios de Prevención aprobado por el Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, que establece un radio de 125 km. Esto significa que a menos de 50 ó 75 Km de las instalaciones fijas no podrán prestar servicio sanitario las unidades móviles y a más de 125 Km tampoco podrán hacerlo.

⁴²⁶ Al respecto puede verse el Decreto 72/2014, de 23 de julio por el que se regula la utilización de unidades móviles por los servicios de prevención de riesgos laborales

⁴²⁷ Y ello porque estos requisitos son los que quedarían dentro del ámbito competencial de las comunidades autónomas ya que únicamente, y en materia estrictamente sanitaria, podría una Comunidad Autónoma establecer requisitos concretos para las unidades móviles en consonancia con el mencionado artículo 5.7 del RD 843/2011, esto es regulando los *“equipos y material sanitario suficientes que garanticen la vigilancia y atención adecuadas de los trabajadores, así como su seguridad, el respeto a su intimidad y dignidad, y la confidencialidad de sus datos, con las mismas dotaciones exigidas a las instalaciones fijas”*. Por tanto, los requisitos relativos a las actividad a o ámbito de actuación del servicio de prevención quedarían fuera de ese ámbito competencial. Recordar de nuevo las mencionadas STC 80/1984, de 20 de julio y la STC 211/2012, de 14 de noviembre.

Unidad de Mercado entre otras⁴²⁸; en un segundo momento, a que la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa, a través del Consejo para la Unidad de Mercado se manifestase en la misma línea que la Comisión⁴²⁹; y en tercer lugar, y ante la pasividad de la Consejería de Sanidad del Principado de Asturias, la Comisión Nacional de Mercado y Competencia procedió a interponer demanda en la Audiencia Nacional, que ha sido admitida a trámite en marzo de 2015⁴³⁰. Las razones de esta oposición se dan porque los requisitos establecidos por este Decreto no cumplen con los principios de necesidad y proporcionalidad contenido en el art. 5 de la Ley 20/2013, de 9 de octubre y es que sólo se podrán establecer límites en los casos de salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general. Aunque la razón de fondo, la salud de los trabajadores, es una razón de interés general, sin embargo, mantienen estos organismos que, estos requisitos no puedan implicar una mejora de la protección de la salud, algo que se justifica en el hecho de que, ni la regulación legal ni las regulaciones de otras comunidades autónomas lo hayan hecho. Esta situación impediría que los SPA que no tuvieran sus centros sanitarios en Asturias no puedan desarrollar su actividad allí y esto queda absolutamente prohibido por las normas.

A modo de conclusión, es bastante claro, y más si se tienen en cuenta las últimas reformas producidas como consecuencia de los problemas que se había suscitado sobre la vulneración de la garantía de unidad de mercado, que la Audiencia Nacional tendrá una respuesta favorable a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el sentido de considerar que la regulación del Decreto del Principado de Asturias contradice la Ley 17/2009, de 23 de noviembre y la Ley 20/2013, de 9 de diciembre. Sin embargo, y aquí está la crítica, quizá hubiera sido conveniente que la regulación del RD 843/2011, hubiera sido más concreta en relación con los supuestos de uso permitido de las unidades móviles, si la finalidad de ellas es que se trate de una técnica complementaria al desarrollo de la actividad de vigilancia de la salud en los centros sanitarios fijos. Bien es cierto que no se pueden hacer limitaciones geográficas que impidan a los SPA prestar sus servicios en todo el territorio nacional, y que lo podrán hacer sin trabas de ningún tipo, pero no es menos cierto, que, por ejemplo, limitar en el RD 843/2011 su uso a los trabajadores que realicen actividades peligrosas, por seguir con el caso del Decreto de Asturias, no parece algo desproporcionado y no acorde al interés general de la salud de los trabajadores, ya que, probablemente, sea necesario hacer pruebas médicas especiales en función de esa peligrosidad, que pueden difíciles de desarrollar en una unidad móvil. Así pues, se

⁴²⁸ Informe de 30 de octubre de 2014 sobre la reclamación presentada, al amparo del artículo 28 de la ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, contra el decreto 72/2014, de 23 de julio, del Principado de Asturias, que regula la utilización de las unidades móviles por parte de los servicios de prevención de riesgos laborales (UM/052/14).

⁴²⁹ Informe de 4 de febrero de 2015 de la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado

⁴³⁰ <http://www.europapress.es/asturias/noticia-cnmc-recorre-decreto-asturiano-regula-uso-unidades-moviles-servicios-prevencion-riesgos-20150305142211.html>

podrían plantear restricciones generales en aras a una mayor prevención de los trabajadores de su salud en lo que respecta a las actividades preventivas realizadas en el marco de la especialidad de medicina del trabajo.

2.5. El concierto de la actividad preventiva entre la empresa y el servicio de prevención ajeno

2.5.1. Concepto y contenido del Concierto Preventivo

El concierto de prevención es un contrato que se enmarca dentro del genérico contrato de prestación de servicios a través del cual una parte se compromete a pagar a otra un precio por la prestación de actividades o especialidades preventivas. Es a través de este contrato cuando se materializa la acción de un servicio externo de realizar determinadas actividades, para ayudar y apoyar al empresario en el cumplimiento de sus obligaciones preventivas.

El art. 20 RSP regula el contenido mínimo de los conciertos. El propio precepto establece que se trata de una regulación de mínimos, aunque con la modificación se ha ampliado bastante especificando de manera considerable el objeto del contrato: qué se concierta; cómo y cuándo; los compromisos que adquieren cada una de las partes; la duración; las condiciones económicas, con expresa relación de las actividades no incluidas en el contrato; y una cláusula de cierre que establece la inclusión de las actividades que se exijan legalmente aunque estas no se regulen en el concierto de manera expresa. A continuación se detallan brevemente algunas de las cuestiones que se pueden suscitar en torno a este contenido mínimo del concierto preventivo.

A) Especialidades y Actividades preventivas

La primera de las cuestiones que se plantean gira en torno a las especialidades y/o actividades preventivas que se pueden o deben concertar. El art. 20.1 c) RSP recoge que se deberán concretar en el concierto la especialidad o especialidades preventivas con indicación (se entiende que expresa) en cada una de ellas de las funciones concretas asumidas. El propio precepto especifica, siempre en forma de mínimos, cada una de las especialidades técnico-preventivas y las funciones que se deben llevar a cabo.

El problema en este caso se suscita en relación con la posibilidad de subcontratar concretas actividades preventivas y no especialidades completas. Al respecto el art. 15.4 RSP al referirse al SPP establece que las actividades que no sean asumidas por éste serán concertadas con uno o más servicios de prevención ajenos. En esta misma

línea, el art. 20 RSP recoge que, salvo las actividades preventivas que se realicen con recursos propios (y así se especifique en el concierto), el contrato deberá consignar qué especialidad es la que se contrata. De la interpretación conjunta de ambos preceptos puede deducirse que el concierto con la empresa puede abarcar una o varias especialidades o puede tratarse de un contrato de actividades preventivas concretas⁴³¹. Ahora bien, cuando se trata de contratar actividades preventivas, sólo podrá hacerse si el resto de las tareas preventivas se llevan a cabo con recursos propios dentro de la empresa⁴³².

Esto no impide que la empresa pueda contratar con varios SPA las distintas especialidades o incluso actividades concretas, o que pueda contratar con distintos SPA en función de la localización de los centros de trabajo y de las instalaciones de las entidades de prevención. Cuestiones que se dejan al arbitrio de la empresa en función de los servicios que el SPA ofrezca. Esta posibilidad subyace en el propio art. 20.1 h) RSP cuando establece el compromiso de la empresa de comunicar al SPA las actividades o funciones realizadas con otros recursos y/o entidades para facilitar la colaboración y la coordinación de todos ellos.

B) Compromisos de las partes

La segunda de las cuestiones a analizar gira en torno a los distintos compromisos que tanto el SPA como las empresas adquieren por imposición legal a través del contrato, y por imposición contractual, en todo aquello que se firme, que exceda de lo exigido en la norma. En cuanto al SPA, se establece, en primer lugar, un compromiso de revisión de la evaluación de riesgos en los casos exigidos, esto es: cuando la empresa realice cambios en los equipos de trabajo, sustancias o preparados químicos, la introducción de nuevas tecnologías, o la modificación en el acondicionamiento de los lugares de trabajo; cuando se produzcan cambios en las condiciones de trabajo; cuando se incorpore un trabajador especialmente sensible; y cuando se hayan producido daños para la salud de los trabajadores. En segundo lugar, se recoge un compromiso de seguimiento y evaluación, de forma que el SPA debe recordar a la empresa la implantación de las medidas acordadas y debe valorar si las implantadas son las

⁴³¹ ANEPA recomienda que el contrato de actuaciones preventivas entre un SPA y una empresa deba denominarse contrato de actividades preventivas, mientras que la denominación del concierto debe reservarse a los acuerdos de una o varias especialidades (Informe ANEPA El concierto entre empresa cliente y servicio de prevención ajeno, de 30 de junio de 2010, en línea: <http://www.aneпа.net/informaci%C3%B3n-de-inter%C3%A9s/informes/166-2010-06-30-informe-aneпа-el-concierto-entre-empresa-cliente-y-servicio-de-prevenci%C3%B3n-ajeno.html>)

⁴³² Resulta muy interesante ver como algunos ejemplos de concierto preventivo establecen distintas modalidades de concertación. Es el caso del concierto para la prestación de servicios de prevención de Mugatra o de Fremap, cuyo Anexo recoge todas las actividades preventivas especificando que serán válidas tanto para los contrato por especialidades como para los que se realicen únicamente para actividades contratadas individualmente por la empresa.

correctas. En tercer lugar, se regula expresamente el compromiso de dedicación de recursos humanos y materiales necesarios, para lo que puede traerse a colación lo que ya se dijo sobre la suficiencia de medios, de forma que una cosa es que se tengan los medios para acreditarse, y otra que se tengan los medios para atender a una concreta empresa (los dos momentos de la suficiencia).

En cuarto lugar, cuando una empresa realice actividades que tengan que incluirse como actividades construcción, el legislador ha previsto que se recojan específicamente y expresamente las actuaciones a desarrollar por el SPA en el ámbito de la seguridad y salud en obras de construcción, de forma que se evita excluir del concierto las actividades preventivas relacionadas con este sector, lo que genera seguridad jurídica porque se conoce si el SPA realiza o no estas concretas actividades preventivas. En quinto lugar, y aunque ahora no se regula expresamente en el art. 20 RSP, sí que hay que recordar que el art. 1 RSP establece la obligación de integración de la prevención en el sistema general de gestión, comprendiendo el conjunto de las actividades preventivas. Aunque en el antiguo art. 20 RSP (ahora derogado) se regulaba expresamente que el concierto debía incluir la valoración de la efectividad de la integración, ahora, aun sin expresa regulación, resulta desde luego conveniente que se siga haciendo, configurándose como un compromiso y obligación más derivado del RSP⁴³³.

Por último, hay que hacer alusión a la importante cláusula de cierre en la que se establece que debe haber una expresa relación de actividades no incluidas, y también que las actividades preventivas que sean legalmente exigibles serán requeridas a los SPA. Es decir que, aunque los conciertos no incluyan de manera expresa aquellas actividades que la Ley recoge como exigibles, estas se entenderán incluidas por imperativo legal. Esta cláusula de cierre impide lagunas en el concierto preventivo, fundamentalmente en aquellos casos en los que la empresa dispone de recursos propios, ya que si se concierta una especialidad completa no podrá haber actividades preventivas no cubiertas, a salvo de las actividades no incluidas, que también aparecerán en forma de listado en el propio concierto.

En cuanto a la empresa, también se regulan algunos compromisos y obligaciones. Deberá comunicar la existencia de otros recursos o entidades que realicen actividades de prevención; deberá comunicar al SPA cualquier daño para la salud que se genere en la empresa; y está obligada a pagar el precio acordado al SPA por los servicios prestados.

⁴³³ En relación con la obligación de integración de la prevención incide de forma absoluta la Guía de Criterios de Calidad de los servicios de prevención elaborada por el INSHT.

En cuanto a esta última cuestión, varios son los problemas que se suscitan en torno al pago del precio de los servicios preventivos. Por una parte, la determinación de la fórmula para concretar el pago de los servicios. El precio de las actividades contratadas debe ser cierto, aunque hay muchas cuestiones que no pueden concretarse *a priori*, como pueden ser las mediciones higiénicas que finalmente resulten necesarias o cuestiones que pueden variar a lo largo del tiempo, como los cursos de formación o los exámenes de salud. En las estipulaciones generales de algunos de los contratos se establece un importe fijo y uno variable, una diferenciación que se hace fundamentalmente en relación con la especialidad de Medicina del Trabajo o con la concertación puntual de actividades exigibles legalmente⁴³⁴. Otras veces, se establece un importe que podrá variar en función de algunos criterios como, por ejemplo, la variación en el número de trabajadores, en el número de centros, en la localización de los centros o cambios de ubicación, cambios en la actividad de la empresa, intervención en obras sujetas a la normativa de la construcción, etc.⁴³⁵. También la mayoría de los conciertos prevén una penalización económica en los casos en los se haya previsto un reconocimiento médico y el trabajador finalmente no hubiera accedido al mismo, o un pago diferenciado y concreto por las pruebas diagnósticas especiales o analíticas que superen lo estipulado en el propio concierto. Finalmente, algunos contratos fijan el precio teniendo en cuenta una determinada jornada laboral y un determinado horario, de forma que si fuera necesario hacer alguna actividad preventiva en una jornada u horario diferente, se establece un presupuesto adicional⁴³⁶.

C) Vigencia del concierto y resolución por impago

El concierto preventivo, como contrato de prestación de servicios, tiene una fecha de inicio y una de fin. El art. 20.1 i) RSP establece que el concierto debe contener la duración. El posible carácter indefinido del concierto de prevención debe quedar matizado por la posibilidad de denuncia del mismo, excluyendo en todo caso, el carácter perpetuo del concierto⁴³⁷. La denuncia del concierto, y por tanto, la limitación temporal del mismo, se puede realizar no sólo por la falta de cumplimiento de los compromisos (legales o contractuales) alcanzados, sino que también se podría llevar a cabo cuando el empresario decide cambiar de modalidad organizativa, o simplemente

⁴³⁴ Así se establece en el capítulo VII de las Condiciones Generales del concierto para la prestación de servicios de prevención del Servicio de Prevención Mugatra.

⁴³⁵ Así se recoge en los conciertos de Fremap, de Serprecova o de Ibermutuamur, que se pueden encontrar en línea: FREMAP: <http://www.prevencionfremap.es/pdf/clausulados/CLCEA0004.pdf> ; SERPRECOVA:

http://www.boletintecnicoprldelacev.com/sites/default/files/archivos_nuestros_asociados/concierto.pdf; IBERMUTUAMUR: http://www.spibermutuamur.es/spip/lib/Condiciones/Condiciones_Generales.pdf

⁴³⁶ Así aparece en las condiciones generales del concierto preventivo del Grupo MGO, en línea: http://www.mgo.es/Descargas/CONDICIONES%20GENERALES-SPA_1julio10.pdf

⁴³⁷ DIAZ MOLINER, R., Derecho de prevención de Riesgos Laborales, op. Cit., pp. 163.

cuando considera que otra entidad preventiva deba encargarse las actividades preventivas.

Una de las razones por las que se puede resolver el concierto preventivo es la debida al impago de los servicios por parte de la empresa cliente, aunque algunas interpretaciones divergen de tal opción. Así, en algunos foros científicos donde se mantiene la idea de que el SPA tiene un especial deber de diligencia respecto de los trabajadores de la empresa cliente, de forma que, aunque el empresario no pague, deberá seguir prestando los servicios, al menos durante el tiempo que se haya pactado el concierto, y siempre que se trata de casos de conciertos con duración temporal y no indefinida⁴³⁸.

Teniendo en cuenta que el concierto es un contrato mercantil sobre el que rigen las reglas del Código Civil de forma supletoria, habrá que estar a lo que éste establece sobre las posibilidades de resolver un contrato preventivo, aunque es importante advertir que, en la mayoría de los conciertos a los que se ha tenido acceso, el impago se contempla como una causa resolutoria. Sea como fuere, el art. 1.124 CC recoge la extinción contractual por una de las partes del contrato ante el incumplimiento de la otra⁴³⁹. De esta forma el SPA podrá resolver el contrato así como ejercitar una acción de responsabilidad contractual para obtener el resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos (si, en este último caso, el incumplimiento es imputable a la empresa cliente). Cuestión diferente será que, si en esta relación sinalagmática existe la obligación de colaborar por el empresario con el SPA, porque de lo contrario no se podría realizar la prestación principal, ante tal incumplimiento, se podría articular otra resolución del contrato o acción de cumplimiento por la misma vía, el art. 1124, aunque se trataría de una acción diferente. Se trata de un supuesto en el que se está pensando no tanto en el impago, sino en la imposibilidad de prestar el servicio preventivo en la empresa. Admitir lo contrario supondría, en cierto modo, entender que, cuando el empresario contrata con un SPA, lo que está haciendo es delegar sus funciones y obligaciones, lo

⁴³⁸ Así se recoge en el apartado de Preguntas con Respuesta en la Gaceta de Prevención (Boletín de prevención de riesgos laborales), núm. 105 de 6 de abril de 2009, de Lex Nova, *¿Puede un servicio de prevención ajeno suspender o cancelar sus servicios antes de la finalización del concierto por falta de pago del cliente?*. En línea: http://www.lexnova.es/ASP/ADMINISTRACION/gazeta/gazetadp_antigua.asp?Colectivo=&PCorreo=&PGAZ_ID=100

⁴³⁹ Art. 1124 CC: *La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible (...).* Doctrina y jurisprudencia han entendido tradicionalmente que el incumplimiento que da lugar a la resolución del contrato ha de ser un incumplimiento grave y no uno de escasa entidad (por todos, DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial II. Las relaciones obligatorias*, 6ª. Ed., Madrid, Civitas, pp. 849 y ss.)

que, no parece estar en la línea de lo establecido en el LPRL⁴⁴⁰, por mucho que si que sea responsable de las obligaciones que haya contraído con el empresario y frente a él. Por tanto, la resolución del concierto no da lugar a una responsabilidad directa del SPA frente a los trabajadores de la empresa cliente⁴⁴¹. En todo caso, sí que es necesidad de la comunicación del SPA a la empresa de la decisión de resolver el contrato.

2.5.2. Tipo de Contrato del concierto preventivo

Se admite de forma prácticamente unánime que el concierto preventivo es un contrato mercantil que se regula supletoriamente por el Código Civil en cuanto que se trata de un contrato de prestación de servicios⁴⁴². El hecho de que sea un contrato a celebrar de manera obligatoria, en cuanto impuesto por normas de marcado carácter administrativo, no le confiera este carácter administrativo. Tampoco el marco laboral sobre el que se proyecta permite atribuir a este contrato el carácter de laboral, ya que se trata de un contrato de prestación de servicios por parte de una empresa especializada (en este caso, un SPA) a cambio de una prestación económica, regulado por el art. 1.544 CC y cuyas características son: la onerosidad, por cuanto los servicios que se prestan han de ser retribuidos; la bilateralidad, ya que tanto el cliente como el SPA asumen una serie de obligaciones y derechos; la profesionalidad en relación con el servicio prestado, pues éste debe cumplir con una serie de requisitos; la necesaria forma escrita, ya que esta formalidad tiene carácter constitutivo o probatorio, de tal forma que, de no guardar esta forma escrita, podría afirmarse que el empresario no ha cumplido con el deber de organizar un sistema de prevención en la empresa (requisito éste exigido por el art. 30 LPRL).

Es en relación con este último carácter del contrato con el se podrían plantear algunas cuestiones. En primer lugar, y pese a tratarse de un contrato de prestación de servicios entre dos empresas, no existe libertad contractual en el más pleno sentido de la

⁴⁴⁰ ASPA, *Informe sobre impago de los servicios al los SPA y resolución del concierto preventivo*, 2009, en línea: http://www.aspaprevencion.com/archivos/Impago_resolucion.pdf

⁴⁴¹ Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción de Cuenca de 21 de diciembre de 2010, que no admite esta responsabilidad directa; Hay que señalar en este sentido algún pronunciamiento que sí que ha admitido una responsabilidad directa frente al trabajador. Es la reciente Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Pamplona, de 18 de marzo de 2015, (Proced. 65/2014)

⁴⁴² SALA FRANCO, T., *Derecho de la prevención de riesgos laborales*, 9º ed., Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 172; DIAZ MOLINER, R., *Derecho de prevención de riesgos laborales*, op. Cit., pp. 158-159; FERNANDEZ MARCOS, L., *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y normativa reglamentaria*, 4ª ed., Madrid, Dykinson, pp. 187: *el concierto tiene carácter civil en todo caso, pero es evidente que el carácter mercantil que pueda adoptar y la teoría de los actos en masa permite conferirle alternativamente en determinados casos carácter mercantil*. Se trata de un contrato de prestación de servicios pero en determinados casos puede llegar a configurarse como un contrato de ejecución de obra.

expresión, ya que se trata de un contrato fuertemente legalizado, es decir que la propia norma, en este caso el RSP, establece o condiciona el contenido del concierto. De hecho, los contratos de prevención entre una empresa y un SPA, contienen por lo general, dos partes: una, que se podría denominar condiciones generales, que es donde vienen a concretarse todas las cláusulas que el art. 20.1 RSP ha determinado como contenido mínimo obligatorio de forma que ese contenido obligatorio es la concreción de lo estipulado en la ley; y otra, condiciones particulares, donde se regulan los acuerdos y pactos a los que haya llegado el SPA con su empresa cliente en el uso de la autonomía de la voluntad (art. 1.255 CC).

No obstante, puede ocurrir que incluso estas cláusulas no contempladas expresamente en el RSP y respecto de las que las partes tienen libertad para su determinación (lo que se han denominado antes “condiciones particulares”) tampoco sean el resultado de una plena autonomía de la voluntad. Y ello porque se impongan por parte del SPA a la empresa cliente y ésta tenga que aceptarlas para poder concluir el contrato⁴⁴³. Estas cláusulas predisuestas por una de las partes contratantes, el predisponente (que, en este caso, sería el SPA) e impuestas a la otra (el adherente, que en este caso sería la empresa cliente) aprovechándose de la posición de inferioridad en la negociación, podrían entrar dentro de la categoría de condiciones generales de la contratación, tal y como se definen en el art. 1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación⁴⁴⁴.

Cuando nos encontremos ante un concierto preventivo impuesto unilateralmente por el SPA a la empresa cliente (y respecto del clausulado no regulado normativamente), y aunque no puede decirse que no haya existido consentimiento por parte del adherente, sí que cabe cuestionar que sea consecuencia del ejercicio de una plena libertad contractual bilateral. Podría ocurrir que no se estuviera pactando teniendo en cuenta los intereses de ambas partes en condiciones de igualdad, sino que podría existir una imposición unilateral del contenido contractual. A pesar de la necesidad de la contratación mediante condiciones generales en el tráfico jurídico actual, es indudable que la falta de negociación puede conllevar el riesgo de abusos por parte del predisponente, al poder determinar un contenido de las cláusulas excesivamente perjudicial para el adherente⁴⁴⁵. Para poner límite a estos abusos aparejados a la

⁴⁴³ Lo más frecuente en la práctica es que sea el SPA la parte contractual con más poder y, por lo tanto, la que imponga sus clausulados a la contraparte, la empresa cliente.

⁴⁴⁴ Según dispone este artículo, se consideran condiciones generales esas cláusulas con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias. El requisito de la redacción con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos se presupone si el SPA utiliza los mismos clausulados predisuestos con las distintas empresas con las que contrata.

⁴⁴⁵ Acerca de la contratación mediante condiciones generales y los desequilibrios de posiciones entre las partes ver ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales de la contratación. Estudio de las disposiciones generales*, Civitas, Madrid, 1991, en especial, pp. 52 y ss.; PAGADOR LÓPEZ, J.,

contratación mediante condiciones generales existe, entre otros, un control de contenido que declara abusivas aquellas cláusulas que supongan un desequilibrio importante de derechos y obligaciones en perjuicio de la parte débil de la relación pero, eso sí, solo en contratos con consumidores (art. 82 RD Legislativo 1/2007, Texto Refundido de la Ley General de defensa de los consumidores y usuarios). Cuando se trata de un contrato mediante condiciones generales de la contratación entre empresarios tan solo supondrán un control material los límites generales a la autonomía de la voluntad (art. 1255 CC). Es decir, que la protección de la empresa cliente frente a, en su caso, los posibles clausulados “abusivos” predispuestos por el SPA, sería la ley imperativa, la moral y el orden público⁴⁴⁶.

Aunque es una cuestión que excede del ámbito de este trabajo, sí que resulta interesante en este sentido dejar planteado un interrogante respecto de algunas cláusulas si fueran impuestas mediante condiciones generales por el SPA, haciendo uso de su posición más fuerte en el contrato. Entre ellas, cabría señalar abusos, por ejemplo, limitando la facultad de la contraparte de resolver el contrato ante un incumplimiento grave o mediante cláusulas exoneradoras o limitativas de la responsabilidad en perjuicio de la empresa adherente parte débil. La regulación de las dos figuras señaladas –resolución y responsabilidad contractual- es eminentemente dispositiva en nuestro ordenamiento jurídico con lo que, *a priori*, sería válido el pacto en contrario (art. 1124 CC y arts. 1101 y ss. CC, respectivamente). La duda surge cuando nos encontramos ante un contrato en el que no podemos hablar realmente de un pacto entre las partes, sino de una imposición no negociada. Cabe preguntarse si es razonable que esa cláusula predispuesta por la que, por ejemplo, el SPA se exonera de responder frente a la empresa cliente aun en caso de incumplimiento a él imputable, reciba el mismo tratamiento que si fuera fruto de la negociación.

En todo caso, en la actualidad, en nuestro ordenamiento jurídico y salvando ciertas normas sectoriales que no serían de aplicación en el ámbito en que nos movemos, en la contratación entre empresarios no existe un control expreso de “abusividad” como el contemplado para la contratación de consumo⁴⁴⁷. Por tanto, solo cabría declarar nulas

Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas. La Ley de condiciones generales de la contratación de 1998, Marcial Pons, Madrid; Barcelona, 1999, en especial, pp. 251 y ss.)

⁴⁴⁶ MIQUEL, J. M., Comentario al artículo 8, en MENÉNDEZ, A.; Díez-PICAZO, L. (dirs.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 446 a 474; ALBIEZ DOHRMANN, K. J., *La protección jurídica de los empresarios en la contratación con condiciones generales. Una perspectiva española y europea*, Civitas, Navarra, 2009.

⁴⁴⁷ Esta situación ha sido ampliamente criticada por una buena parte de la doctrina: ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales...*, op. cit., pp. 174 y ss.; MIQUEL, J. M., Comentario al artículo 8..., op. cit., pp. 434 y ss.; ALBIEZ DOHRMANN, K. J., *La protección jurídica de los empresarios...*, op. cit., pp. 252 y ss. Por otro lado, este control de contenido en contratos predispuestos entre empresarios sí que existe en otros ordenamientos jurídicos como puede ser el alemán o el portugués, al respecto, ver ALBIEZ DOHRMANN, K. J., *ibidem*, op. cit., pp. 207 y ss. y la misma

las cláusulas predisuestas que contradigan normas prohibitivas o imperativas, tal y como dispone el art. 8.1 Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la contratación⁴⁴⁸. Continuando con el ejemplo, en el caso de una cláusula exoneradora o limitativa de la responsabilidad, la única protección para el adherente empresario sería la prohibición de limitación de responsabilidad en caso de dolo recogida en el art. 1102 CC, por tratarse de una norma imperativa en todo contrato y el propio art. 14 LPRL que establece que los SPA serán responsables de los deberes que le correspondan en materia de prevención⁴⁴⁹.

tendencia a considerar necesitados de protección a los empresarios adherentes se ha puesto de manifiesto en el Derecho uniforme europeo.

⁴⁴⁸ “1. Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención”.

⁴⁴⁹ Art. 14.4 LPRL: “Las obligaciones de los trabajadores establecidas en esta Ley, la atribución de funciones en materia de protección y prevención a trabajadores o servicios de la empresa y el recurso al concierto con entidades especializadas para el desarrollo de actividades de prevención complementarán las acciones del empresario, sin que por ello le eximan del cumplimiento de su deber en esta materia, sin perjuicio de las acciones que pueda ejercitar, en su caso, contra cualquier otra persona”

CAPÍTULO III.

LA ORGANIZACIÓN INTERNA DE LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES EN LAS EMPRESAS.

1. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA ORGANIZACIÓN INTERNA DE LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES EN LAS EMPRESAS.

La organización de la prevención como conjunto de medios utilizados para realizar las actividades preventivas necesarias para el cumplimiento de la obligación general de prevención del empresario lleva a considerar su existencia, no sólo fuera de la empresa, como se acaba de analizar, sino también dentro de la misma. Es por ello que se puede hablar de la organización interna de la prevención que se manifiesta a través de varias fórmulas y modalidades previstas en la LPRL y en el RSP. Por un lado, se encuentra el Servicio de Prevención Propio (SPP) que es considerado por la doctrina como la fórmula más garantista de todas las que la norma permite⁴⁵⁰, y el SPM, que pese a ser una fórmula con ciertas complejidades en su régimen jurídico, tiene naturaleza de SPP para las empresas en las que actúe. Por otro lado, y también como organización interna de la prevención, se encuentran los trabajadores designados y la asunción por el propio empresario. En estos casos, que se analizarán en el siguiente capítulo, no se está ante una unidad organizativa específica de la empresa dedicada a la prevención de manera exclusiva, sino que se trata de sujetos (trabajadores o empresario) que individualmente asumirán funciones y tareas preventivas.

El SPP es el ejemplo paradigmático donde confluyen todos los elementos configuradores de un modelo ideal de organización preventiva. Se trata de una modalidad que contribuye a la integración de la prevención, ya que como recurso interno tiene la ventaja de su cercanía a la actividad productiva y al conocimiento del ambiente laboral de las empresas. Pero además, es el ejemplo más claro de internalización de la prevención, de suficiencia y adecuación, por cuanto será un modelo adaptado a las características de la empresa, y donde la independencia se manifiesta de la manera más fuerte posible. Primero porque los técnicos de prevención pertenecen a una unidad organizada en la propia empresa y segundo porque será necesario llevar a cabo una auditoría de prevención reglamentaria en todo caso, a través de la que se comprobará que el servicio creado es el más adecuado. Como ya se dijo en el primer Capítulo de este trabajo, el modelo de organización de la prevención debe ser eminentemente un modelo interno, donde los recursos propios de la empresa dedicados a las actividades preventivas adquieran el mayor protagonismo, y solo ante la insuficiencia de estas modalidades internas se legitime el recurso del empresario a los SPA. No obstante, la organización interna no excluye la organización externa y

⁴⁵⁰ GONZALEZ ORTEGA, S., *La organización de la prevención por el empresario: los servicios de prevención*, Temas Laborales, núm. 50, 1999, pp. 22. MONEREO PEREZ, J. L., y FERNANDEZ AVILÉS, J. A., *La Gestión de la Prevención de Riesgos Laborales. Los Servicios de Prevención de riesgos Laborales*, en MONEREO PÉREZ, J. L., y RIVAS VALLEJO, P. (Dirs.), *Tratado de Salud*, Navarra, Aranzadi, 2012, Tomo I, pp. 188. SEMPERE NAVARRO, A. V.; GARCÍA BLASCO, J.; GONZALEZ LABRADA, M. y CARDENAL CARRO, M., *Derecho de la Seguridad y Salud en el trabajo*, Madrid, Civitas, 3ª. Ed. 2001, pp. 276-279.

viceversa. En la mayor parte de las ocasiones deberían actuar de una manera conjunta y coordinada.

El problema que presenta este tipo de modalidad organizativa de SPP, se observa en relación con el coste técnico y económico para su implantación, de forma que sólo se constituye como fórmula obligatoria para determinados supuestos tasados por la norma en función del tamaño de la empresa y de la peligrosidad. Para otros, donde no concurren las características empresariales de tamaño y peligrosidad, la norma ha previsto una submodalidad de SPP que es el SPM que, también será analizado en la segunda parte de este capítulo, ya que presenta peculiaridades propias que hay que analizar por separado.

2. EL SERVICIO DE PREVENCIÓN PROPIO (SPP).

Con la finalidad de mejorar la eficacia del cumplimiento de las normas y de integración de la prevención de riesgos en las empresas, en aquellas en las haya plantillas de trabajadores numerosas o la peligrosidad de la actividad sea elevada, se configura el SPP como la modalidad obligatoria de organización de la prevención de riesgos. Pese a las preferencias de los empresarios por acudir a la externalización de la prevención de riesgos⁴⁵¹, preferencia que es causa y consecuencia de la regulación que el legislador hace de las distintas fórmulas de organizar la prevención en las empresas, los SPP se configuran como obligatorios en determinados casos y ante determinadas circunstancias. Se trata de la única modalidad que no puede ser sustituida por ninguna otra opción organizativa.

La Ley de Prevención de Riesgos Laborales y la Directiva Marco no establecen supuestos concretos de obligatoriedad para crear un SPP, siendo labor del RSP objetivar los elementos o variables que llevan a que la constitución del SPP se haga indispensable. De esta forma, los arts. 14 y ss. RSP establecen los supuestos en los que cualquiera de las otras alternativas, como son la de asunción del empresario, la designación de trabajadores o el SPA, resultan insuficientes. La problemática jurídica en torno a la organización de SPP en el interior de la empresa se pone de manifiesto en la STSJ de Madrid de 21 de enero de 2005 (R°. 1076/2001, sala contencioso-administrativo). La jurisprudencia no ha tenido muchas ocasiones para manifestarse sobre la configuración obligatoria de los SPP en las empresas, ya que la norma no deja

⁴⁵¹ Preferencia que pueden observarse en los datos analizados en línea: <http://www.oect.es/portal/site/Observatorio/menuitem.02f24b227be1a22f7ac3d63062c08a0c/?vgnextoid=a0ed681b3ac62310VgnVCM1000008130110aRCRD&vgnnextchannel=6ff05c9847273110VgnVCM100000dc0ca8c0RCRD>. También de forma amplia se puede atender a la Encuesta Nacional de la gestión de seguridad y salud en las empresas de 2009: http://www.oect.es/Observatorio/Contenidos/InformesPropios/Desarrollados/Ficheros/Informe_%20ENGE%202009.pdf

mucho margen de duda. Sin embargo se debe traer a colación este pronunciamiento en el que una empresa de 3.300 trabajadores es requerida por la ITSS para que le indique el tipo de organización preventiva con la que cuenta. Tras el incumplimiento por la empresa del requerimiento se levanta Acta de Infracción que es recurrida en el TSJ. La empresa incumplía las directrices establecidas por la LPRL y por el RSP, ya que la actividad preventiva la llevaba a cabo de la forma en que lo hacía antes de la entrada en vigor de la LPRL. Su modalidad de organización pasaba porque algunos de sus trabajadores llevaban a cabo tareas preventivas. Por otra parte, se facilitaba la vigilancia de la salud mediante un contrato con un médico en la clínica y a través de un centro asistencial. Con esta organización quizá podía cumplir con el art. 7.2 y 7.5 de la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el trabajo de 9 de marzo de 1971, pero en ningún caso con la normativa actual⁴⁵².

La creación de un SPP en las empresas depende de una serie de variables que deben concurrir para el nacimiento de la obligación: el tamaño de la empresa, la peligrosidad de la actividad y la frecuencia y gravedad de la siniestralidad laboral. Pero se trata de una regulación que no está exenta de interrogantes. En relación con el tamaño de la empresa se plantea el problema de la contabilización de los trabajadores, si debería tenerse en cuenta el número total de trabajadores de la empresa, o el número de trabajadores por centro de trabajo, de haber varios y por tanto, obligar a constituir un SPP en cada uno de esos centros de trabajo. En relación con la peligrosidad de las actividades se genera una problemática en torno al Anexo I del RSP en lo que se refiere a la suficiencia de tal lista, elaborada hace casi veinte años. Finalmente, y aunque el RSP establece el SPP como unidad organizativa específica, no se determina qué es exactamente esto y qué implicaciones laborales y de prevención de riesgos tiene. Lo mismo ocurre con los medios materiales y humanos de que debe disponer un SPP ya que, salvo una mínima aportación a la prescripción legal en relación con los recursos humanos (art. 15 RSP), en cuanto a los medios materiales, tampoco establece con exactitud cuando son suficientes y adecuados⁴⁵³. En las próximas páginas se intentará dar una respuesta a estas y otras cuestiones que irán surgiendo. Respecto de algunas de ellas, la solución interpretativa pasa por la aplicación de los elementos configuradores, funciones y objetivos básicos de la organización de la prevención de riesgos laborales en la empresa.

⁴⁵² Art. 7.2 Orden de 1971: son obligaciones del empresario “adoptar cuantas medidas fueran necesarias en orden a la mas perfecta organización y plena eficacia de la debida prevención de los riesgos que pueden afecta a la vida integridad y salud de los trabajadores al servicio de la empresa”; Art. 7.5: “velar por la práctica de reconocimientos médicos, iniciales y periódicos a los trabajadores conforme a lo establecido en las disposiciones vigentes”.

⁴⁵³ Quizá en este sentido hubiera sido conveniente desarrollar normativamente este precepto al igual que ya lo hace para los SPA la Orden TIN/2504/2010, de 20 de septiembre por el que se desarrolla el RD 39/1997.

2.1. Empresas obligadas a constituir un Servicio de Prevención Propio.

Tres son los casos concretos en lo que las empresas quedarán obligadas a tener que constituir un SPP⁴⁵⁴. En primer lugar, y atendiendo sólo al volumen de trabajadores de la empresa, estarán obligadas las empresas que tengan más de 500 trabajadores (art. 14 a) RSP). En segundo lugar, y atendiendo al volumen y al tipo de actividad que desarrolla la empresa, estarán obligadas las empresas que tengan más de 250 trabajadores cuando desarrollen algunas actividades incluidas en el Anexo I RSP (art. 14 b) RSP). Por último, y fuera de los casos previstos anteriormente, y atendiendo a la peligrosidad de la actividad y a la frecuencia y gravedad de la siniestralidad, cuando así sea decidido por la autoridad laboral competente, también las empresas quedarán obligadas a tener que constituir un SPP. Si bien en este caso se permite que las empresas puedan acudir a un SPA y establecer este como modalidad organizativa, pudiendo evitar tener que configurar un SPA interno en las empresas (art. 14 c) RSP).

Como se puede observar de los supuestos que la norma determina, el tamaño de la empresa y la peligrosidad de la actividad son las dos variables o elementos determinantes para el nacimiento de la obligación. Aunque se trata de dos elementos fundamentales que no se pueden desechar por cuanto son circunstancias que permite apreciar la dificultad de la gestión y realización de las actividades preventivas, podrían haberse introducido otras variables o criterios que permitieran concretar aun más los supuestos de obligatoriedad del SPP. Así, se podría haber tenido en cuenta, por ejemplo, el sector de actividad, que podría haber sido una tercera variable, ya que hay sectores que, por su propia naturaleza, son más proclives a generar situaciones de riesgo. También la frecuencia estadística de accidentes o enfermedades profesionales, también podría haber sido un elemento a tener en cuenta⁴⁵⁵. O el índice de siniestralidad que es la expresión de una predisposición especial a la ocurrencia de accidentes o a la generación de enfermedades que, a la vez, pone de manifiesto el riesgo intrínseco de la actividad o de la empresa o bien la ausencia o insuficiencia de

⁴⁵⁴ Esta imposición ha suscitado la cuestión de la posible extralimitación del RSP al regular los supuestos de obligatoriedad, eliminando en estos casos la flexibilidad del empresario para elegir la modalidad de organización de la prevención a utilizar dentro de su empresa, planteándose incluso una posible vulneración del principio de libertad de empresa recogido en la Constitución: GONZALEZ ORTEGA, S., *La organización de la prevención por el empresario: los servicios de prevención*, op. cit., pp. 21; MORENO MÁRQUEZ A., *Los servicios de prevención*, op. Cit., pp. 28; LUQUE PARRA, M., *La organización de la prevención en la empresa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, pp. 47.

⁴⁵⁵ Los índices de siniestralidad, o el sector de actividad, son elementos que se valoran en relación con la organización de la prevención dentro de las empresas en otros países como Italia, Rumanía, Polonia o Portugal. CEOE y Fundación para la Prevención de Riesgos Laborales., *Estudio de Benchmarking sobre prevención de riesgos laborales: aplicación de la Directiva marco en los Estados miembros de la Unión Europea*, 2012, en línea: http://www.prl.ceoe.es/resources/image/022_Informe_Fuentes_Secundarias_Benchmarking_buenas_practicas_PRL_1.pdf

medidas de seguridad adecuadas, entre las que se puede encontrar una falta o incorrecta modalidad organizativa⁴⁵⁶.

Sin embargo, todas estas variables se han usado por el legislador no como criterios de obligación de constitución y uso de las formulas organizativas, y concretamente de los SPP, sino como elementos necesarios a tener en cuenta para la determinación de la suficiencia y adecuación de los medios y materiales de la fórmula elegida. Es cierto, que esta aplicación de criterios se puede ver de una manera clara en relación con la determinación de los medios humanos y materiales de los SPA y los SPM, pero no es menos cierto que esta regulación debe actuar de guía interpretativa para los SPP y para los trabajadores designados, por lo que, de manera indirecta serán variables a tener en cuenta en cualquier modalidad organizativa. De esta manera el empresario conserva una cierta libertad en la determinación de la modalidad, aunque después se vea obligado a gestionar la fórmula de acuerdo a parámetros que razonable y mínimamente la hacen suficiente y adecuada⁴⁵⁷.

Ahora bien, los problemas aplicativos que plantea la normativa actual antes descrita no se resuelven sólo introduciendo más variables que permitan hacer un juicio correcto acerca de la fórmula organizativa de la prevención más adecuada. Existen otros problemas, si cabe más importantes, desde una perspectiva jurídico preventiva, que también necesitan solución. Como, por ejemplo, qué sucede con las empresas cuyas actividades que se pueden encuadrar en el Anexo I del RSP, pero que tienen menos de 250 trabajadores; o con las empresas en las que sólo una parte de su proceso productivo se puede considerar peligroso; o cómo se aplican estas normas a las nuevas fórmulas de organización empresarial, empresas con teletrabajadores, o qué sucede con las empresas en las que número de trabajadores cambia de forma constante, siendo entonces el criterio del tamaño de la empresa ineficaz. Todas estas cuestiones serán consideradas, y en la medida de lo posible resueltas, a continuación sobre la base de una interpretación más precisa, sistemática e imaginativa del tenor integral de los preceptos, del análisis de la jurisprudencia cuando esta exista, y los informes técnicos que sobre la materia se han ido elaborando.

⁴⁵⁶ GONZALEZ ORTEGA, S., *La organización de la prevención por el empresario: los servicios de prevención*, op. Cit., 1999, pp. 23.

⁴⁵⁷ Por ejemplo, para determinar el número de técnicos de prevención será necesario atender a la Tarifa de Primas de Cotización que a su vez recoge las actividades y sectores mas peligrosos donde, para su determinación se tienen en cuenta los índices de siniestralidad de tales actividades.

2.1.1. La dimensión de la empresa. Primer criterio legal para la determinación de la obligación.

El legislador atiende a las características o peculiaridades de la empresa cuando estas resultan operativas en relación con la materia cuya regulación se aborde. Un criterio al que éste acude en numerosas ocasiones es al de su dimensión valorando esta en función del número de trabajadores empleados⁴⁵⁸. Así, se puede ver en muchos de los preceptos que regulan las relaciones laborales. Tal es el caso, por ejemplo de la movilidad geográfica o la modificación sustancial de las condiciones de trabajo (arts. 40 y 41 ET); o le despido objetivo y colectivo (arts. 51 y 52 c) ET); o para determinar el tipo de representación de los trabajadores que corresponde (arts. 62 y 63 ET). En estos casos el número de trabajadores empleados es el criterio determinante de la aplicación de un determinado procedimiento que implica la adopción diferenciada de determinadas decisiones empresariales. En estos casos el legislador atiende a la empresa en su vertiente personal sin dar trascendencia a la actividad que se realiza o a la organización misma.

En el ámbito de la prevención de riesgos laborales, la dimensión de la empresa se configura como una variable fundamental en la aplicación de la normativa y su valoración e interpretación. Así, por ejemplo se encuentran referencias al tamaño de la empresa en relación con la evaluación y planificación de la actividad preventiva, que puede hacerse de manera simplificada en empresas de pequeño tamaño (art. 16.2 bis LPRL); en este mismo sentido se encuentran las exenciones a la realización de auditorías obligatorias (art. 29.3 RSP); y, por supuesto, como se ha dicho anteriormente, en relación con la determinación de las fórmulas organizativas obligatorias o más adecuadas para el cumplimiento de la obligación de organización de la prevención. Es en relación con esta cuestión, que la dimensión de la empresa plantea dos interrogantes. En primer lugar, si la plantilla debe considerarse en atención al concepto de empresa o en atención al concepto de centro de trabajo. En segundo, lugar, se plantea la forma en la que se debe proceder al cómputo de los trabajadores de la plantilla teniendo en cuenta el tipo de contrato y la jornada que realizan.

A) El concepto de empresa a efectos preventivos.

De manera general, sin entrar en las diferentes posturas y conceptos que se han dado en las distintas disciplinas jurídicas y económicas, la empresa es entendida como la organización de distintos factores de producción con el fin de obtener una ganancia⁴⁵⁹,

⁴⁵⁸ DEL REY GUANTER, S., *La dimensión de la empresa en la reforma de la legislación laboral de 1994*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, pp. 26.

⁴⁵⁹ STS de 18 de marzo de 1994 (R°. 558/1993, sala de lo Social) “*El concepto de empresa, en el ámbito de lo económico que es donde ésta surge, ha sido definido como «organización de capital y trabajo*

que debe ser entendida no sólo en términos económicos, sino también en términos sociales⁴⁶⁰. Desde un punto de vista jurídico, la empresa debe ser concebida como un objeto unitario sobre el que incida la realidad del derecho⁴⁶¹. Sin embargo, no existe un concepto unitario de empresa, existen una serie de elementos que forman parte del mismo, y sobre los que inciden las distintas ramas del ordenamiento jurídico que tratan de regularla⁴⁶².

Por ello, la empresa como tal, en unos casos se identificará con una actividad económica profesionalmente desarrollada; en otros con una organización de medios personales y materiales encaminada a la realización de la actividad que constituye su objeto⁴⁶³; y en otros, con la forma de organización de la actividad productiva y

destinada a la producción y a la intermediación de bienes o de servicios para el mercado», y también como «organización de los factores de la producción (capital y trabajo) con el fin de obtener ganancias». La característica esencial de la empresa es ser organización, es decir ordenamiento de los factores reales y personales de la producción para la consecución de un fin. Y así uno de los elementos propios de este concepto es la asunción de un riesgo por el empresario, pues ese fin, esto es, esas ganancias pueden lograrse o no, o incluso, por contra, la actividad empresarial puede generar pérdidas. La realidad económica de la empresa al entrar en el mundo jurídico, da lugar a que cada rama del Derecho presente ciertas diferencias de acento o enfoque, sin perjuicio de mantener un núcleo esencial de identidad. Y así mientras que el Derecho Mercantil se centra o fija sobre todo en la finalidad lucrativa o de obtención de ganancia que la empresa persigue, en cambio al Derecho del Trabajo lo que interesa es la condición de empleadora que la misma tiene, en cuanto ocupa trabajadores que están bajo la dirección y dependencia del titular de la organización”.

⁴⁶⁰ La doctrina mercantilista ha considerado que en esa definición confluyen los elementos básicos de la empresa pero que además se necesitan una serie de requisitos adicionales que requieren de ciertas matizaciones: animo de lucro, personificación jurídica, patrimonio común y actividad común. En este sentido, la doctrina se divide entre los que le dan un carácter más subjetivo al concepto de empresa, y los que le dan un carácter objetivo o patrimonial de empresa. Esta discusión se mantiene entre los siguientes autores: URÍA, R y MENÉNDEZ, A., *Curso de Derecho Mercantil I*, Madrid, Civitas, 1999, pp. 429-438; SANCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho Mercantil I*, Madrid, McGraw Hill, 2004, Tomo I, pp. 8 y ss; BROSETA PONT, M. y MARTINEZ SANZ, F., *Manual de Derecho Mercantil. Introducción y Estatuto del Empresario*, Madrid, Tecnos, 21º ed., 2014, Vol. I, 143-147.

⁴⁶¹ GARRIGUES, A., *Curso de Derecho Mercantil*, Madrid, Imprenta Aguirre, 1976, Tomo I, pp. 176 y ss.

⁴⁶² MONEREO PÉREZ, J. L., *La noción de empresa en el derecho del trabajo y su cambio de titularidad*, Madrid, Ibidem, 1999. El autor analiza las distintas acepciones legislativas y doctrinales, entendiendo que la empresa es “un fenómeno económico poliédrico que tiene en el plano jurídico distintos aspectos en relación con los distintos elementos de que esta formado y que tienen a una pluralidad de conceptos diversos de empresa que la ley designa, sin embargo, con expresiones formalmente idénticas”.

⁴⁶³ STS de 26 de enero de 1988 (RJ 1888\56, sala de lo social) “aunque el Estatuto de los Trabajadores no contenga una verdadera noción de empresa, entendida desde su vertiente laboral, al limitarse a decir en su artículo 1.º punto 2 en relación con el 1, que serán empresarios todas las personas físicas o jurídicas, o comunidades de bienes que reciben la prestación de servicios de los trabajadores, es decir, de quienes trabajan por cuenta de otro -la empresa- y dentro del ámbito de organización y dirección de quien recibe la prestación de sus servicios, se puede definir la misma, como organización económica de elementos productivos, encaminada a la producción de bienes o servicios, debiendo entenderse como centro de trabajo, la unidad productiva con organización específica, que es dada de alto como tal ante la autoridad laboral -artículo 1, punto 5 del Estatuto de los Trabajadores-, y como señala la Sentencia de esta Sala de 6 de abril de 1973 (RJ 1973\1543) por unidad productiva autónoma, el centro de

económica en el que varias sociedades forman parte de un complejo organizativo final, que también se podría identificar, con cautela, con la idea de empresa⁴⁶⁴.

En el ámbito del Derecho del Trabajo, el art. 1.1 ET permite definir a la empresa como el ámbito de organización y dirección donde se insertan los trabajadores para prestar sus servicios, configurándose como la unidad técnica donde se presta trabajo bajo el poder de dirección del empresario. Cualquier referencia a la empresa contenida en las normas laborales presupone que ésta es una entidad donde se organiza la prestación laboral de los trabajadores. Así pues, la empresa es en el ámbito laboral, el marco organizativo de las relaciones de trabajo⁴⁶⁵, donde no es determinante ni su actuación en el mercado, ni su finalidad lucrativa, ni su funcionalidad económica. Es indiferente, por tanto, al derecho laboral el tipo de actividad empresarial que se desarrolla, la existencia de una auténtica organización empresarial entendida como organización de factores productivos, la habitualidad o profesionalidad del titular de las relaciones jurídico laborales o la concurrencia o no de ánimo de lucro⁴⁶⁶. Sin embargo, esta concepción de empresa desde el ordenamiento laboral, a veces se manifiesta insuficiente, de manera que el presupuesto de aplicación remite a situaciones que no son exclusivamente laborales. Algo que hace que se tengan en cuenta otras formulaciones de empresa, especialmente del ámbito jurídico mercantil. Esto se ve en los casos de consideración de la empresa en derivada de la aplicación de los art. 42 y 43 ET, o los supuestos de sucesión de empresas.

Desde el ámbito preventivo, puede tomarse el concepto de empresa en los términos establecidos por el Derecho Laboral, ya que la finalidad de las normas de seguridad y salud será la prevención y protección de los trabajadores de la empresa, por lo que esta importará como organización en la que se presten servicios laborales. Bien es cierto que en el campo de la prevención, la empresa tiene el matiz de ser considerada no sólo como la organización donde se insertan los trabajadores sino del espacio donde se realiza la actividad productiva y se generan los riesgos que afectan a los trabajadores que realizan esa actividad. Es por ello, que desde el punto de vista preventivo al

trabajo o unidad de explotación claramente diferenciado que constituya una unidad socio-económica de producción”.

⁴⁶⁴ MOLINA NAVARRETE, C., *El concepto jurídico-mercantil de empresa: un ensayo jurisprudencial*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, núm. 3, 2000, pp. 279.

⁴⁶⁵ Resulta imprescindible traer al trabajo la definición dada por BAYON CHACON, G., *El concepto jurídico-laboral de empresa*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, núm. 6, 1959, pp. 289: “(...)el término empresa solo es en lo jurídico-laboral al forma abreviada de expresión de un conjunto de relaciones jurídicas individuales mantenidas entre el empresario y su trabajadores cuando tales relaciones se encuentran especialmente condicionadas”. MONEREO PEREZ, J. L., “Comentario al artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores”, en AA.VV., *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Granada, Comares, 1998, pp. 28.

⁴⁶⁶ DE LA PUEBLA PINILLA, A., *La empresa como objeto de transmisión en la nueva economía. Aspectos Laborales*, Navarra, Aranzadi, 2005, pp. 62-63: “

concepto de empresa laboral habrá que añadir la perspectiva de la actividad empresarial desarrollada, no tanto con la finalidad de producir bienes servicios (opción mercantil)⁴⁶⁷, sino con la finalidad de determinar las condiciones preventivas que se deben desarrollar en su esfera, para dar cumplimiento a la prevención⁴⁶⁸. No puede olvidarse el carácter funcional que tienen las normas que sirven para el ámbito en el que están dictadas. Es en este sentido, el lugar de prestación de los servicios y la actividad productiva serán elementos del concepto de empresa para este concreto ámbito. La actividad productiva, como parte de ese concepto de empresa, será analizada en el siguiente apartado. Por lo que se refiere al lugar de prestación de servicios, éste no se identifica con el centro de trabajo, puesto que se trata de un concepto más amplio que el de centro de trabajo entendido como tal en el ET. Por tanto, el lugar de prestación de servicios debe ser el espacio físico donde se desarrolla la actividad productiva organizada, siendo con esta perspectiva con la que se tiene que aplicar la normativa de prevención de riesgos laborales cuando ésta hace alusión al centro de trabajo⁴⁶⁹.

⁴⁶⁷ ALONSO UREBA, A., *Empresa*, Enciclopedia Jurídica Básica, Madrid, Civitas, 1995, Vol. III, pp. 2728.

⁴⁶⁸ MATEOS BEATO, A., *El concepto de empresa en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Revista de Información Laboral, núm. 9, 2003, pp. 36

⁴⁶⁹ El Convenio núm. 155 del la OIT y la Directiva Marco han entendido incluso el concepto de centro de trabajo como lugar de trabajo. Lo mismo sucede con el RD 486/1997, de 14 de abril, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en los lugares de trabajo, que entiende por lugar de trabajo las áreas edificadas o no, en las que los trabajadores deban permanecer o a las que puedan acceder por razón de su trabajo. En la misma línea se manifiesta el RD 171/2004, de coordinación de actividades empresariales. El concepto de lugar de trabajo, por tanto, va más allá del espacio físico en el que los trabajadores permanecen durante la mayor parte de su jornada, ampliándose a los lugares a los que el trabajador puede acceder como consecuencia de su prestación laboral, o a los sitios en los que pueda permanecer durante su trabajo, aunque no se trate propiamente de un centro de trabajo de los del art. 1.5 ET. STS de 26 de mayo de 2005 (R° UD 3726/2004, sala de lo social) que establece que para los casos de coordinación de actividades la referencia se hace al lugar de trabajo y no tanto al concepto estricto de centro de trabajo. En este sentido, lo han recogido LUQUE PARRA, M., Y GINES I FABRELLAS, A., *Últimos pronunciamientos del Tribunal Supremos en materia de contratas y subcontratas, cesión ilegal de trabajadores y sucesión de empresa*, Revista IUSLABOR, núm. 2, 2006, versión electrónica; RODRIGUEZ RAMOS, M^a. J., *La coordinación de actividades preventivas en materia de prevención de riesgos laborales en casos de contratas o subcontratas de obras o servicios: el reparto de obligaciones entre las empresas concurrentes*, Revista Alcor de MGO, núm. 3, 2005, pp. 28-29. Entiende que pese a la interpretación amplia que se hace del art. 1.5 ET sobre el concepto de centro de trabajo en materia de prevención, no es suficiente para adaptarse a las nuevas formas de organización de las empresas. Desde una perspectiva finalista, las normas de prevención sólo pueden adquirir sentido si el concepto de centro de trabajo se interpreta como lugar de trabajo, porque lo contrario, podría suponer dejar sin protección a muchos trabajadores. Por ejemplo, trabajadores de contratas y subcontratas, trabajadores que desempeñan su actividad al aire libre, o en instalaciones diferentes, o trabajadores de tendidos eléctricos o de líneas telefónicas, o montajes, etc. FABREGAT MONFORT, G., *La responsabilidad empresarial en las contratas y subcontratas de propia actividad*, Revista de Treball, economia i societat, núm. 17, 2000, versión electrónica en línea: http://www.ces.gva.es/pdf/trabajos/articulos/revista_17/art2-rev17.pdf

La adaptación de la empresa a las realidades socio-económicas y los cambios constantes se ha tenido en cuenta en el ordenamiento laboral, modulando el concepto de empresa a través de la creación del concepto de centro de trabajo⁴⁷⁰. Por tanto, la empresa es la expresión jurídica de un modo de organización destinada a la producción de bienes y servicios, y el centro de trabajo ha venido identificándose con el espacio donde se da curso a la actividad empresarial⁴⁷¹. El centro de trabajo se configura así como un elemento organizativo en el que se realizan las funciones que sirven a los fines de la empresa; además, puede adquirir diferentes fórmulas y modos de ser, cambiando con la evolución de los tiempos, pudiendo tener características diversas en función del sector de actividad o en función de la fase o proceso de cada actividad⁴⁷². El legislador laboral ha tendido a desplegar sus efectos sobre la empresa y sobre el centro de trabajo tomándolos como referencias a efectos de aplicar el contenido de la normativa. En consecuencia, es el centro de trabajo como parte localizada dentro de la organización empresarial, y en la que se presta el trabajo de forma efectiva, el que se utiliza en muchas ocasiones, como ámbito de aplicación de las normas. Tal es el caso de las regulaciones sobre la representación de los trabajadores, donde se concibe como la instancia electoral básica; o el caso de la LISOS que utiliza el centro de trabajo en la mayor parte de infracciones y sanciones que regula; o en fin, en las constantes

⁴⁷⁰ MIÑANBRES PUIG, C., *El centro de trabajo. Reflejo Jurídico de las Unidades de Producción*, Ministerio de Trabajo, 1985, pp. 49. MONEREO PÉREZ, J. L.; MORENO VIDA, M^a. N. y GALLEGO MORALES, A., *La empresa en el ámbito laboral y el fenómenos de los grupos de empresas en la jurisprudencia*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, núm. 3, 2000, pp. 31: “El ordenamiento laboral cuando afronta la fragmentación organizativa de la empresa no se limita a ser un mero reflejo de las formas económicas; estas son por el contrario formalizadas y conformadas con base a categorías estrictamente jurídicas. Entre los nuevos principios organizativos se halla la proclividad hacia formación de unidades organizativas de reducidas dimensiones, flexibles y capaces de autorregularse”. LOUSADA AROCHENA, J. R., *El centro de trabajo*, Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, núm. 27, 2011, pp175-176.

⁴⁷¹ El art. 1.5 ET identifica el centro de trabajo con unidad productiva específica lo que comporta de un lado, que responda a la finalidad de la empresa, en cuanto productora de bienes y servicios, y de otro, que en sus actividades goce de autonomía funcional que la identifique con tal unidad. La jurisprudencia ha delimitado los elementos que configuran el concepto de centro de trabajo del art. 1.5 ET: 1º: Unidad productiva. Se refiere tanto a la organización vertical (toda la producción o una parte de la actividad empresarial) como a la organización horizontal (cada unidad productiva asume una parte de la producción o una parte del trabajo en que se divide la actividad empresarial; 2º: Con organización específica. Si concurren varias unidades productivas con una única organización específica, hay un único centro de trabajo y no tantos como unidades productivas. Para concluir si una unidad productiva ostenta una organización específica se atiende a varios indicios: separación geográfica del resto de la empresa, distribución de funciones entre unidades productivas, organigrama de personal de la unidad productiva incluyendo un responsable general; 3º: Que sea dada de alta. Este es un elemento de carácter formal, por lo que el alta no ostenta eficacia constitutiva, pero si eficacia probatoria ya que, si el empresario no ha dado de alta el centro de trabajo ,se puede acreditar su existencia si concurren los otros dos elementos; y si lo ha dado de alta, se presume iuris tantum su existencia. STSJ de Madrid de 28 de enero de 2008 (Rº. 3355/2007, sala de lo social).

⁴⁷² GONZALEZ-POSADA MARTINEZ, E., *Microempresas y centro de trabajo. Nuevas fórmulas productivas y jurídicas*, Revista General de Derecho del trabajo y de la seguridad social, núm. 18, 2008, pp.1; MIÑANBRES PUIG, C., *El centro de trabajo. Reflejo jurídico de las unidades de producción*, op. Cit., pp. 49-50.

referencias que hace el ET al centro de trabajo como criterio de imputación de derechos y obligaciones.

En uno de los ámbitos donde más claramente se observa ese binomio empresa-centro de trabajo, o empresa-lugar de trabajo, es en el ámbito de la prevención de riesgos laborales. Por lo que se refiere a las normas de prevención, se puede observar que el centro de trabajo se configura en muchas ocasiones como el ámbito de aplicación. Ya la Ordenanza de Seguridad e Higiene establecía en su art. 1 que se aplicaría al centro de trabajo y a los puestos de trabajo. Por su parte, la Exposición de Motivos de la LPRL hace alusión a la necesidad de adoptar las medidas preventivas adecuadas a las peculiaridades de cada centro de trabajo, y en la propia LPRL hay numerosas referencias al centro de trabajo: en el art. 4.7 cuando define condición de trabajo; en el art. 24 cuando regula la coordinación de actividades empresariales; en el propio art. 30.5 cuando se refiere a la asunción por el empresario de las actividades preventivas; en el 32.bis para establecer la presencia de los recursos preventivos; o en los arts. 34 y ss. en materia de participación y representación de los trabajadores; etc. Por su parte, como referencia normativa complementaria, es de significar que el libro de la Inspección de Trabajo debe estar en cada centro de trabajo de las empresas, como así queda regulado por la Resolución de 11 de abril de 2006.

Pero en este planteamiento de empresa o centro de trabajo, y concretamente en los que se refiere a las modalidades de organización de la prevención, doctrina y jurisprudencia han optado, casi por unanimidad, por seguir el sentido literal de los preceptos que la regulan, según se refieran a la empresa o, más específicamente, al centro de trabajo⁴⁷³. Más concretamente, y en lo que aquí interesa, es la noción más amplia de empresa la que en la práctica se ha considerado adecuada a la norma y además con una justificación clara de esta opción por parte del legislador, diferenciando cuando quiere aplicar las normas al conjunto de la empresa, y cuando hace una preferencia por el centro de trabajo. Tanto es así, que cuando el RSP regula el SPP y el SPA distingue propiamente entre empresa y pluralidad de centros de trabajo⁴⁷⁴.

Concretamente, en lo que se refiere al SPP, el art. 14 RSP hace alusión de una manera clara al conjunto de la empresa. alguna doctrina se ha planteado la posibilidad de que, pese a utilizar este término, en realidad se trata de un uso genérico del concepto de empresa, como hace la Directiva Marco, pero, siguiendo la misma, empresa debería ser entendida como establecimiento o lugar de prestación de servicios; y, en

⁴⁷³ GONZALEZ ORTEGA, S. (Coord.), *Comentarios al Reglamento de Servicios de Prevención*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, pp. 100; MORENO MÁRQUEZ, A., *Comentario al artículo 31 LPRL*; en SEMPERE NAVARRO, A.V., “Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales”, Navarra, Aranzadi, 2010, pp. 573

⁴⁷⁴ LUQUE PARRA, M., *La organización de la prevención*, op. cit., pp. 60.

consecuencia, la organización preventiva dependería de los centros de trabajo y no de las empresas⁴⁷⁵. Además, a ello se debe añadir que, en materia de organización de la prevención, hay varios supuestos en los que destaca la relevancia del centro de trabajo. En primer lugar, el centro de trabajo se toma como referencia para que el empresario pueda asumir él mismo la prevención en su empresa (art. 11.1 c) RSP), en relación con la necesidad de que el empresario desarrolle de forma habitual su actividad allí. En segundo lugar, el art. 31.4 LPRL establece las circunstancias a tener en cuenta para entender que un servicio de prevención sea suficiente y adecuado, recurriendo a la idea del centro de trabajo respecto de la distribución de los riesgos. En tercer lugar, el art. 15.3 RSP que alude a empresas con varios centros de trabajo y a la ubicación del SPP. Por último, y aunque se analizará separadamente, hay que mencionar la referencia que hace el art. 32 bis del RSP a la presencia de los recursos preventivos en el centro de trabajo, adquiriendo este concepto un sentido relevante ya que lo importante, para cumplir con la obligación de prevención en materia de recursos preventivos, será ver si hay suficientes recursos preventivos, no a nivel de empresa, sino a nivel de centro de trabajo, por ser éste donde se generan los riesgos.

Pese a esta posible interpretación, resulta clara la aplicación del concepto de empresa en relación con la organización de la prevención, y así se ha manifestado en alguna sentencia. En este sentido, se puede traer a colación la STSJ del País Vasco de 17 de diciembre de 2002 (Rº. 2413/2003, sala de lo social), cuya discrepancia entre las partes surge en relación con la consideración de si la unidad básica sanitaria viene establecida en relación a la empresa o al centro de trabajo. Señala el Tribunal que lo lógico es considerar la referencia a la empresa toda vez que la existencia de más de 1000 trabajadores (esta es la cifra que se recoge en la norma específica objeto de la litis: Decreto 306/1999, de 27 de julio, por el que se regulan las actuaciones básicas sanitarias de los servicios de prevención en la Comunidad Autónoma de Euskadi) por centro de trabajo, es una posibilidad excepcional que se daría en muy pocas empresas, siendo lo razonable que los criterios vengan referidos a la empresa en general, o a la parte de la empresa ubicada en la Comunidad Autónoma, en este caso del País Vasco, al ser este el ámbito competencial del Decreto. En este supuesto, el Tribunal justifica su argumento de la cercanía o lejanía del servicio médico al lugar de prestación del servicio en relación con los primeros auxilios a los trabajadores. Entiende que el hecho de que el servicio médico este lejos de los centros no es óbice para considerar el centro de trabajo como unidad de referencia para la creación de la organización preventiva. Según los arts. 5.15 y. 22 LPRL, no es la finalidad de la LPRL la sustitución o el mantenimiento de servicios sanitarios paralelos a los de la Seguridad Social (aun cuando los primeros auxilios sean parte de las previsiones de los servicios médicos en las empresas) sino, básicamente, la vigilancia y control del estado de salud en función

⁴⁷⁵ LUQUE PARRA, M., *El servicio de prevención ajeno como modalidad principal de organizar la prevención en el ordenamiento jurídico español*, Civitas, Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 103, 2001, pp. 89-90

de los riesgos inherentes al trabajo, la evitación y la evaluación de los riesgos y la planificación de la prevención⁴⁷⁶. Por ello, y según esta postura, la empresa en su conjunto es considerada la unidad de referencia para establecer la modalidad organizativa adecuada a la finalidad perseguida por la LPRL.

El centro de trabajo, entendido como lugar de trabajo, es donde se crean los riesgos⁴⁷⁷, donde el trabajador está en contacto con ellos y, por tanto, donde el empresario debe enfocar sus esfuerzos en materia preventiva con el objeto de eliminarlos o controlar aquellos que no se puedan evitar. Además, puede ocurrir que una empresa compuesta por varios centros de trabajo desarrolle actividades productivas diferentes para la consecución del fin empresarial. De esta forma se hace necesaria la referencia al centro de trabajo en tanto que unidad productiva que permite determinar normas diferentes aplicables en función de la ocupación real, siendo esencial la naturaleza de la actividad que singulariza al centro, lo que podría hacer incluso irrelevante el número de trabajadores, poniendo únicamente de relieve la importancia de las variables “actividad de la empresa” y “actividades del centro de trabajo”⁴⁷⁸. Y no hay que olvidar el concepto de lugar de trabajo, que también es utilizado en esta materia, y al que concretamente se refiere el Convenio núm. 155 de la OIT y la Directiva Marco, que han entendido el concepto de centro de trabajo como lugar de trabajo. Lo mismo sucede con el RD 486/1997, de 14 de abril, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en los lugares de trabajo, que entiende por lugar de trabajo las áreas edificadas o no, en las que los trabajadores deban permanecer o a las que puedan acceder por razón de su trabajo. En la misma línea se manifiesta el RD 171/2004, de coordinación de actividades empresariales. El concepto de lugar de trabajo, por tanto, va más allá del espacio físico en el que los trabajadores permanecen durante la mayor parte de su jornada, ampliándose a los lugares a los que el trabajador puede acceder como consecuencia de su prestación laboral, o a los sitios en los que pueda permanecer durante su trabajo, aunque no se trate propiamente de un centro de trabajo de los del art. 1.5 ET. Doctrina y jurisprudencia⁴⁷⁹, han entendido que el estricto concepto de centro de trabajo previsto en el art. 1.5 ET no resulta aplicable a

⁴⁷⁶ GONZALEZ DÍAZ, F.A., *Recursos Humanos de los servicios de prevención propios*, Aranzadi Social, núm. 257, 2003, versión electrónica. Aunque se analiza detenidamente la actividad sanitaria de los servicios de prevención en otra parte del trabajo, quizá es interesante recordar que en este caso concreto, hubiera sido más conveniente por parte del sindicato argumentar que la composición del SPP no era correcta, por cuanto esa actividad que se llevaba a cabo por el SPP no se hacía con personal propio de la empresa sino que era contratado a estos efectos; quizá, también hubiera sido conveniente plantear la dedicación de este personal sanitario, ya que no era a jornada completa.

⁴⁷⁷ MATEOS BEATO, A., *El concepto de empresa en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Revista de Información Laboral, núm. 9, 2003, pp. 34-36.

⁴⁷⁸ MIÑAMBRES PUIG, C., *El centro de trabajo. Reflejo jurídico de las unidades de producción*, op. Cit., pp. 78-79.

⁴⁷⁹ STS de 26 de mayo de 2005 (Sala de lo Social, Rº UD 3726/2004). Para los casos de coordinación de actividades la referencia se hace al lugar de trabajo y no tanto al concepto estricto de centro de trabajo.

efectos, por ejemplo, de la normativa de coordinación de actividades empresariales, sino que la referencia legal equivale al concepto de lugar de trabajo⁴⁸⁰.

El centro de trabajo no puede ser el centro de imputación de las normas que determinan el establecimiento de la modalidad organizativa, sin embargo, sí que se tiene que constituir como elemento de referencia para el establecimiento de la suficiencia y adecuación de los medios y recursos de esa modalidad organizativa. Esto lleva a entender que el centro de trabajo como tal, o incluso el lugar de trabajo, es un concepto que necesita un replanteamiento a los efectos de la determinación de la organización preventiva. No tanto para la sustitución de la empresa como centro de imputación objetiva a los efectos organizativos, que seguiría siendo el criterio base para determinar la modalidad organizativa, sino como factor a tener en cuenta para estructurar y modular esa modalidad organizativa.

B) El cómputo de trabajadores: diferentes interpretaciones derivadas de la inexistencia de regulación normativa.

Partiendo de la empresa en su conjunto como base para aplicar la normativa sobre organización de la prevención, la determinación del número de trabajadores de la misma se convierte en factor clave a efectos de saber si se encuentra en la obligación de tener un SPP, o si pueden encargarse de la misma los trabajadores designados, por un lado; y por otro, si puede concertar los servicios con uno ajeno, o, incluso, si el propio empresario puede asumir de forma directa la prevención.

La contabilización de los trabajadores es una de las cuestiones más debatidas, ya que, no existe ninguna referencia legal concreta. La LPRL y el RSP establecen la

⁴⁸⁰ LUQUE PARRA, M., Y GINES I FABRELLAS, A., *Últimos pronunciamientos del Tribunal Supremo en materia de contratas y subcontratas, cesión ilegal de trabajadores y sucesión de empresa*, Revista IUS LABOR, núm. 2, 2006, versión electrónica. RODRIGUEZ RAMOS, M^a. J., *La coordinación de actividades preventivas en materia de prevención de riesgos laborales en casos de contratas o subcontratas de obras o servicios: el reparto de obligaciones entre las empresas concurrentes*, Revista Alcor de Mgo, núm. 3, 2005, pp. 28-29. Entiende que pese a la interpretación amplia que se hace del art. 1.5 ET sobre el concepto de centro de trabajo en materia de prevención, no es suficiente para adaptarse a las nuevas formas de organización de las empresas: “Lo decisivo será, por tanto, la existencia de una organización de trabajo entendida como conjunto de medios y la idoneidad para realizar un trabajo dentro del proceso productivo”. Desde una perspectiva finalista, las normas de prevención sólo pueden adquirir sentido si el concepto de centro de trabajo se interpreta como lugar de trabajo, porque lo contrario, podría suponer dejar sin protección a muchos trabajadores. Por ejemplo, trabajadores de contratas y subcontratas, trabajadores que desempeñan su actividad al aire libre, o en instalaciones diferentes, o trabajadores de tendidos eléctricos o de líneas telefónicas, o montajes, etc. FABREGAT MONFORT, G., *La responsabilidad empresarial en las contratas y subcontratas de propia actividad*, Revista de Treball, economia i societat, núm. 17, 2000, versión electrónica en línea: http://www.ces.gva.es/pdf/trabajos/articulos/revista_17/art2-rev17.pdf

dimensión de la empresa como uno de los límites de la libertad del empresario en la elección del sistema de organización preventiva. El problema que se plantea es que, en ningún caso se establece cómo hacer el cómputo de trabajadores; o si se deben hacer diferenciaciones en función del tipo de contrato de trabajo, indefinido o temporal; o distinción en función del tipo de jornada: completa o parcial; o, tratándose de trabajadores que prestan servicios en varias empresas de un grupo de empresas, cuál debe contabilizarlo; o, si se trata de trabajadores de empresas españolas enviados al extranjero, si deben computarse en la empresa en España o en el lugar de prestación del servicio real. A este respecto, la única referencia legal que se puede hallar y que deja claro qué hacer, se refiere al supuesto de empresas de trabajo de temporal, para las que el art. 6 del RD 216/1999, de disposiciones mínimas de seguridad y salud en el trabajo en el ámbito de las Empresas de Trabajo Temporal, recoge, no por un lado, que tanto la empresa de trabajo temporal, como la empresa usuaria deberán contabilizar a los trabajadores puestos a disposición, y por otro, la fórmula conforme a la cual hay que hacer ese recuento, es decir, que en ambas empresas se hará un promedio mensual de trabajadores contratados y puestos a disposición durante los últimos doce meses.

Lo primero que hay que determinar es si en el cómputo de la plantilla que se va a tener en cuenta a efectos organizativos de la prevención, se van a contabilizar de la misma forma a todos los trabajadores independientemente de su jornada, o si esta puede influir de alguna forma en la contabilización. Hay autores, no obstante, que han entendido necesario hacer la diferenciación⁴⁸¹, considerando que se deben contabilizar de forma distinta y, en este sentido, incluso hacen referencia a la manera de hacer el cómputo a través de la regla especial contenida para la cotización en el ámbito de la seguridad social⁴⁸² de los trabajadores a tiempo parcial⁴⁸³. Sin embargo, no hay razón para hacer una distinción según el tipo de jornada, por cuanto no es posible proyectarla diferenciando a efectos del cómputo entre los que trabajan a tiempo completa y los que trabajan a jornada parcial, ya que el número de horas trabajadas no puede ser un criterio para determinar cómo se organiza la prevención. En definitiva, un trabajador a tiempo parcial deberá ser computado como un trabajador más de la plantilla. Sin embargo, esta justificación no encuentra mucho sentido ya que, se trata de dimensiones y funcionalidades diferentes. Si bien en el ámbito de la seguridad social, tiene cierta lógica la diferencia, ya que no es lo mismo el tiempo cotizado de un

⁴⁸¹ LUQUE PARRA, M., *La organización de la prevención en la empresa*, op. cit., pp. 62.

⁴⁸² Art. 5 RD 11/2013, que incorpora una nueva redacción a la regla segunda, apartado 1, de la Disposición Adicional 7ª de la LGSS, que en la nueva LGSS ya ha quedado integrado en el texto

⁴⁸³ Cuestión ésta que ha cambiado recientemente, y que podría plantear ciertas dificultades para la aplicación de esta doctrina. El nuevo sistema de cómputo de las cotizaciones a tiempo parcial permite el acceso a pensiones contributivas y subsidios sin tener que acreditar un mínimo de años cotizados. De hecho, el tiempo cotizado para tener derecho a una pensión contributiva se calculará conforme al denominado "coeficiente de parcialidad", que se corresponde con el porcentaje de jornada que ha trabajado un empleado a tiempo parcial respecto a un ocupado a jornada completa.

trabajador a tiempo parcial que el tiempo cotizado de un trabajador a tiempo completo a efectos de generar el derecho a las prestaciones, en prevención de riesgos laborales y a efectos de establecer el tipo de organización preventiva, lo determinante será la dimensión que adquiere la empresa teniendo en cuenta el volumen de trabajadores, y para ellos será irrelevante que estos trabajen más o menos horas.

La segunda cuestión a la que hay que atender es a las posibles diferencias en el cómputo en función del tipo de contrato. Hay una buena parte de la doctrina que entiende que se deben computar a los efectos que aquí interesan a todos los trabajadores de la plantilla independientemente de su tipo de contrato⁴⁸⁴. Es decir, para saber si el empresario asume la prevención, o si tiene que tener un servicio de prevención propio, o si, por el contrario, puede acudir a un servicio de prevención externo, se tendrán en cuenta los trabajadores indefinidos y los trabajadores temporales contabilizándose un trabajador temporal como uno más de la plantilla, de la misma manera que el trabajador con contrato indefinido. El argumento central para esta tesis es el de que no parece procedente introducir distinciones de ningún tipo cuando La ley no las hace⁴⁸⁵, entendiendo que, cuando el legislador quiere que se contabilicen los trabajadores de forma diferente, como es el caso de los trabajadores temporales, así lo hace, y por lo tanto, si no ha dicho nada, es porque no quería que se aplicase ninguna distinción. Ello unido al otro argumento, más general y central, conectado con la finalidad misma de las normas que regulan la organización de la prevención, que no es otra que la de otorgar el máximo nivel de seguridad en la empresa mediante la prevención de unos riesgos que concurren en determinados puestos de trabajo con total independencia del tipo de contrato elegido⁴⁸⁶, hacen que esta opción se convierta en la elegida en este trabajo. Otra opinión, por el contrario, considera que la contabilización se debe hacer de forma diferente cuando se trata de trabajadores temporales⁴⁸⁷, proponiendo acudir a las reglas de la LPRL y, en concreto, la que establece la forma de cómputo de los trabajadores temporales prevista en el artículo 35.3 LPRL, que establece las reglas para el cómputo de trabajadores a efectos de la designación de los delegados de prevención, siendo la misma que la establecida en el art. 72.2 ET, según la cual, los trabajadores temporales vinculados con contratos de duración determinada superior a un año se computarán como un trabajador fijo de

⁴⁸⁴ LÓPEZ TERRADA, E., *Los Servicios de Prevención Propios*, Revista Alcor de MGO, núm. 4, 2005, pp. 75.

⁴⁸⁵ SALA FRANCO, T., *Derecho de la prevención de riesgos laborales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 8ª ed, 2012, pp. 164. Hace referencia aquí el autor al principio interpretativo de que donde la “*Ley no distingue, tampoco deberá distinguir el intérprete*”

⁴⁸⁶ MORENO MÁRQUEZ, A. *Los servicios de prevención*, op. Cit., pp. 36 y 37. En el mismo sentido se mantiene la autora años después en la participación que hace en MORENO MÁRQUEZ, A., *Comentario al artículo 31 LPRL*, en SEMPERE NAVARRO, A. V., (dir) “Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales”, Navarra, Aranzadi, 2010, pp. 573.

⁴⁸⁷ GONZALEZ ORTEGA, S., *La organización de la prevención por el empresario: los servicios de prevención*, op. Cit., pp. 25; en el mismo sentido y citando a este autor LUQUE PARRA, M., *La organización de la prevención en la empresa*, op. cit., pp. 61.

plantilla, y los contratos por término de hasta un año se computarán según el número de días trabajados en el periodo de un año anterior, y por cada doscientos días trabajados o fracción se computarán como un trabajador más⁴⁸⁸.

En este punto, conviene hacer un inciso sobre el principio de equiparación en materia de seguridad y salud entre los trabajadores temporales e indefinidos y entre los trabajadores a jornada completa y los que realizan una jornada reducida o a tiempo parcial⁴⁸⁹, para poder dar una solución definitiva al problema. Una conclusión acertada sólo puede obtenerse de la interpretación dada por el Tribunal Constitucional al principio de igualdad y no discriminación que debe extenderse a cualquier vertiente de las relaciones laborales. De manera resumida los rasgos esenciales de este principio se resumen en: a) Los supuesto de hecho iguales deben ser tratados de forma idéntica de manera que las situaciones que haya que comparar deben ser efectivamente homogéneas o equiparables⁴⁹⁰; b) No toda diferencia de trato es contraria al principio de igualdad y no discriminación, solo lo será cuando se introduzca una distinción entre situaciones equiparables que carezca de justificación⁴⁹¹; c) lo que se prohíbe al legislador es introducir disparidades injustificadas que no encuentren fundamento en criterios suficientemente razonables⁴⁹²; d) por ello, sólo cabrá considerar una diferencia constitucionalmente lícita cuando resulte objetivamente razonable, justificada y proporcional entre la medida adoptada y el resultado producido o la finalidad pretendida⁴⁹³. Así pues, el Tribunal ha considerado respecto de los trabajadores a tiempo parcial y a jornada completa que tienen los mismos derechos, pero ello no significa igualdad absoluta, por lo que la decisión de la diferencia deberá quedar matizada por la regla de la proporcionalidad.

Teniendo en cuenta los bienes jurídicos en juego, la seguridad y salud de los trabajadores, y la vida y la integridad física, los trabajadores a tiempo parcial y los trabajadores temporales deben recibir la misma protección que los trabajadores a jornada completa o trabajadores indefinidos. Es por ello que este principio tiene carácter absoluto por lo que no se puede dejar fuera de aplicación de las normas de

⁴⁸⁸ QUINTANILLA NAVARRO, B., *Dimensión de la empresa y órganos de representación: el cómputo de trabajadores temporales en el ordenamiento español y en el de la unión europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.

⁴⁸⁹ CABEZA PEREIRO, J. y LOUSADA AROCHENA, J. F., *El nuevo régimen legal del trabajo a tiempo parcial*, Granada, Comares, 1999, pp. 69. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R., “La prevención de riesgos laborales en el marco del contrato de trabajo a tiempo parcial”, en FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. (Dir.), *La prevención de riesgos laborales y las nuevas formas de organización empresarial y de trabajo*, Consejería de Economía y Empleo, Junta de Castilla y León, 2007, pp. 211-213.

⁴⁹⁰ STC 119/2002, de 20 de mayo

⁴⁹¹ STC 76/1990, de 26 de abril

⁴⁹² STC 181/200, de 29 de junio

⁴⁹³ STC 200/2001, de 4 de octubre; STC 161/2004, de 4 de octubre

prevención, ni aplicarlas de manera diferente, ni a los trabajadores a tiempo parcial ni a los trabajadores temporales⁴⁹⁴.

Por tanto, parece más sólida la tesis que mantiene la igualdad de cómputo de trabajadores, al margen de si son indefinidos o temporales, si son a jornada completa o a tiempo parcial. Y no sólo porque ni la Ley, ni el RSP, han hecho diferenciación alguna en este sentido, sino porque la gestión y la organización de la prevención en la empresa se crea para evitar los riesgos o reducirlos, y es evidente que los riesgos van a afectar a todos los trabajadores que haya en la plantilla independientemente del contrato con el que se vincule a la empresa, y el tiempo de trabajo que le dedique, debiendo tenerse en cuenta cada trabajador de forma individualizada en cuanto a la gestión de la prevención. Además, de otra forma se estaría contraviniendo el principio de equiparación absoluta entre trabajadores por razón de la duración de su contrato o por el tiempo de trabajo, cuando la finalidad de la norma es la protección de la seguridad y salud. No se puede ignorar, en este sentido, la regulación que establece el propio art. 28.1 LPRL sobre las relaciones de trabajo temporal, según el cual los trabajadores con relaciones de trabajo temporales deberán disfrutar del mismo nivel de protección en materia de seguridad y salud que los restantes trabajadores de la empresa, no justificándose ninguna diferencia de trato en lo relativo a cualquiera de los aspectos de la protección de la seguridad y salud de los trabajadores. Además el precepto establece que la vigilancia de la salud será un derecho de los trabajadores en los términos establecidos en el art. 22 LPRL, lo que indirectamente hace tenerlos en cuenta a efecto de la organización de la prevención.

En este sentido, se puede traer a colación la STSJ de Murcia de 17 de septiembre de 2002 (R°. 1252/2001, Sala de lo Contencioso-Administrativo). Se trata de un supuesto en el que la recurrente no siempre contaba con más de 500 trabajadores en la plantilla. El Tribunal entiende que la función tuitiva que persigue la Ley de Prevención de los trabajadores, en cuanto parte más débil de la relación laboral, implica que la ocupación dada a más de 500 trabajadores durante 4 meses a lo largo de un año incide en el supuesto contemplado en el art. 14 RSP. Además hace una significativa definición de plantilla a estos efectos, considerando que plantilla serán los trabajadores realmente ocupados en un momento determinado, cualquiera que sean las oscilaciones que experimente en periodos sucesivos. Se trata de una definición relevante que además establece el elemento temporal de un año para contabilizar trabajadores y observar si en ese periodo, al menos durante un mes, se supera la plantilla establecida como límite para el nacimiento de la obligación de creación de un SPP. Por otro lado, el Tribunal no hace ningún tipo de distinción entre los trabajadores por su tipo de contrato a los

⁴⁹⁴ No se puede justificar una diferencia de trato de unos y otros trabajadores en el hecho de que haya normas (por ejemplo el art. 4.2 c) RD 488/1997, de 14 de abril) que utilicen el tiempo de trabajo como criterio para marcar la nocividad para la salud. El tiempo de exposición del riesgo no puede dejar fuera de la aplicación de una norma a trabajadores que realicen menos horas en la empresa

efectos de contabilización de la plantilla. Ahora bien, no parece razonable llevar este criterio del Tribunal hasta sus extremos en la aplicación práctica de la norma. Resultaría bastante criticable que en una empresa, sólo por el hecho de superar la plantilla durante un mes (y por tanto, también durante unos días) ya se viese obligada a tener que optar por una u otra modalidad. No parece que sea éste el objetivo de las normas de seguridad y salud en trabajo. Buscando ese objetivo, lo razonable sería hacer confluir distintas variables y elementos, y no sólo la plantilla y las oscilaciones de la misma, para determinar la conveniencia de una u otra fórmula organizativa.

Cuestión diferente es el supuesto de las empresas cuyas plantillas están en constante oscilación o el de las empresas cuyas plantillas sufren una transformación completa, desde el punto de vista de su dimensión, en un momento determinado. Para el primer caso, es decir, el de las empresas con plantillas inestables, supuesto no poco habitual, no hay ninguna referencia legal. Sin embargo, aquí sí parece conveniente una interpretación favorable a la aplicación de alguna regla de cómputo que permita a estas empresas adecuar su modelo de organización de la prevención, y que los aumentos o disminuciones de plantillas no impliquen una modificación constante en la forma de gestionar la prevención. Para estos supuestos sí que puede resultar interesante la regla del art. 35.3 LPRL. No obstante, la ITSS en la interpretación y aplicación práctica que hace de la norma, toma como referencia a estos efectos el art. 6 RD 216/1999, de forma que establece la modalidad adecuada de organización en función del promedio mensual durante los últimos doce meses⁴⁹⁵. Cualquiera de las dos opciones podría ser válida, puesto que toman en cuenta el volumen de la plantilla en un periodo de referencia y permiten adaptar el modelo organizativo.

Ahora bien, puede ocurrir que a lo largo del tiempo establecido para el cómputo, haya periodos en los que haya menos trabajadores que los exigidos para crear un SPP pero que haya también momentos en los que se superen los umbrales fijados por la Ley para constituir obligatoriamente un SPP. En empresas que ya tuvieran constituido el servicio de prevención y que tuvieran una plantilla fluctuante, lo más garantista, y lo más adecuado conforme a los principios de la organización de la prevención, es dejar constituido el SPP dado que habrá otros momentos en los que probablemente se vuelva a tener una plantilla que haría obligatoria de nuevo su creación. Lo mismo ocurriría en los supuestos de pequeñas empresas en las que el empresario hubiera designado trabajadores o hubiera acudido a un Servicio de Prevención Ajeno y debido a esos cambios hubiera momentos en los que la plantilla se colocase en un número inferior a 10 trabajadores. Lo más acertado es también que el empresario establezca la

⁴⁹⁵ Es importante tener en cuenta que la ITSS regula esta posibilidad en su Guía de la actuación Inspectora para los servicios de prevención propios; en línea: http://www.empleo.gob.es/itss/web/atencion_al_ciudadano/normativa_y_documentacion/. Pero hay que tener en cuenta que se trata de una guía del año 2006 que quizá necesita una revisión conforme a los criterios que se estén llevando a cabo en la actualidad.

fórmula organizativa más garantista de forma estable⁴⁹⁶, aparte de que los cambios de forma de organización de la prevención en función de los cambios de la plantilla no resultan en modo alguno eficientes para la gestión de la empresa en conjunto. Así pues la regla adecuada sería para los casos de empresas de plantillas fluctuantes, aplicar una de las reglas de cómputo que hacen una valoración global de la dimensión de la empresa en periodo de tiempo determinado, pero aplicando a todo el periodo la modalidad organizativa más garantista de las que podrían estar obligados en algún momento.

El caso de las empresas cuyas plantillas sufren un cambio en un momento determinado es totalmente diferente ya que se trata de empresas que, o bien aumentan su plantilla considerablemente con previsión de que sea de forma permanente, o bien, su plantilla disminuye también considerablemente, e igualmente con la previsión de que se trate de una disminución definitiva o al menos permanente. En estos casos, sin duda, si que habría que plantearse una modificación de la modalidad organizativa en función de las reglas de obligatoriedad de RSP. En el caso de que se produzca un aumento del número de trabajadores de la empresa, y se superen los umbrales, habría que pasar de la asunción del empresario a la designación de trabajadores, si éste es el supuesto; o pasar de los trabajadores designados, o el servicio de prevención ajeno, a la constitución de un servicio de prevención propio. En el supuesto contrario, en el que la variación se produce a la baja y hay una disminución de trabajadores, entonces el empresario podrá optar por dejar constituido el servicio de prevención propio o acudir a la modalidad organizativa que considere adecuada en función del, ahora, número de trabajadores de su empresa y de la peligrosidad de las actividades que se realizan⁴⁹⁷.

Mantener en la empresa a los integrantes del servicio de prevención no es una decisión totalmente libre para el empresario, ni siquiera para los supuestos de despidos por causas económicas, técnicas organizativas o de producción. Esto se debe a la exigencia objetiva de origen legal de cumplir con los mínimos de seguridad establecidos en la LPRL, entre los que se encuentran los aspectos organizativos⁴⁹⁸. En este sentido, resulta conveniente diferenciar dos supuestos. Cuando se trata de un supuesto en el que se produce una disminución de la plantilla de una empresa que, previamente por sus características, estuviera obligada a tener de un SPP, se plantea la cuestión del despido de los trabajadores que formaban ese servicio de prevención. En este supuesto, al desaparecer la obligatoriedad legal del SPP hay una causa objetiva por la que proceder al despido. Por un lado, habría una razón económica, organizativa, productiva o técnica que es la que llevaría al despido de trabajadores y disminución de la plantilla, y por otro, esta misma razón ampararía la causa del despido de los

⁴⁹⁶ DÍAZ MOLINER, R., *Derecho de Prevención de Riesgos Laborales*, op. Cit., pp. 49-50.

⁴⁹⁷ IGARTÚA MIRÓ, M.T., *Manual del Servicio de Prevención*, Madrid, Tecnos, 2002, pp.79-80.

⁴⁹⁸ GONZALEZ ORTEGA, S., *La organización de la prevención por el empresario: los servicios de prevención*, op. cit., pp. 35-40.

trabajadores del SPP extinguiendo el mismo, en su caso, si disminuyen los umbrales que le hacen obligatorio

Cuestión diferente sería el caso del despido de los trabajadores de un servicio de prevención propio que el empresario hace desaparecer, pero que se había constituido de forma voluntaria, es decir, el empresario no estando obligado a tener un SPP decide que ésta sea la modalidad organizativa. En este caso, la justificación objetiva del despido no pasa por la propia desaparición de la obligatoriedad, como razón derivada de la disminución de la plantilla, sino que habría que atender a otras causas objetivas que el empresario tuviera para un supuesto de este tipo. Habría que distinguir dos supuestos en relación con este tipo de SPP constituido de forma voluntaria. Por un lado, que la desaparición del SPP se deba a que la empresa ha reducido su plantilla por circunstancias económicas, técnicas, organizativas o de producción (art. 52.c) ET), en cuyo caso, puede quedar amparada por la misma causa el despido de los trabajadores del SPP y por ende, su posible desaparición; o que simplemente, decida externalizar los servicios de prevención, haciendo desaparecer la organización interna, en aplicación de las normas de prevención, entendiendo que la causa objetiva del despido y desaparición del servicio es la externalización de las actividades preventivas por decisión del empresario en la aplicación del RSP. En este último caso, la causa debería ir acompañada de la justificación de que el recurso a una contratación es el medio hábil para asegurar la viabilidad de la empresa o su competitividad siendo decisorio que la externalización constituyese una medida racional en términos de eficacia de la organización productiva y no un simple medio para lograr el incremento del beneficio empresarial⁴⁹⁹. En este sentido, el ejemplo más claro se puede observar con las sentencias dictadas por el despido de los especialistas sanitarios de servicios de médicos de empresa⁵⁰⁰ que tras la entrada en vigor del RSP desaparecen como tal⁵⁰¹, porque las empresas deciden externalizar el servicio con una entidad especializada ajena. En estos casos, las Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo resuelven entendiendo procedentes los despidos objetivos del personal sanitarios. Fundamentan su postura en el hecho de que si los servicios que contrata la empresa externamente

⁴⁹⁹ STS de 31 de mayo de 2006 (R°. 49/2005, sala de lo social); STSJ de Madrid de 18 de mayo de 2010 (R°. 1050/2010).

⁵⁰⁰ STS de 4 de octubre de 2000 (RJ\2000\8291, sala de lo Social)) y STS de 3 de octubre de 2000 (R°. 651/2000, sala de lo social): justifican su argumento en el hecho de que *la superabundancia de personas y solapamiento de actividades, no cabe duda de que serían contrarios a la «adecuada organización de los recursos» que justifica el despido objetivo conforme al art. 52 c) en relación con el art. 51.1, ambos del ET.*

⁵⁰¹ Aunque la Disposición Adicional Segunda del RSP preveía su integración en los nuevos SPP que se deberían crear a los efectos de la normativa nueva. El precepto establece que *“De conformidad con lo dispuesto en la letra d) de la disposición derogatoria única de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, el personal perteneciente a los servicios médicos de empresa en la fecha de entrada en vigor de dicha Ley se integrará en los servicios de prevención de las correspondientes empresas, cuando éstos se constituyan, sin perjuicio de que continúen efectuando aquellas funciones que tuvieran atribuidas, distintas de las propias del servicio de prevención”.*

cubren todo el campo de actuación en el que se desenvolvía el servicio médico, mantener ambos resultaría contrario a la buena organización de los recursos, por lo que la decisión de amortizar los puestos respondería a la necesidad objetiva requerida en el art. 52 c) ET constituyendo una medida racional en términos de eficacia de la organización productiva y no un simple medio para lograr un incremento del beneficio empresarial. Sin embargo, como bien establece el Tribunal, se trata de un supuesto de hecho que hay que analizar caso por caso, por lo que no resultaría conveniente aplicar de manera generaliza la doctrina del Tribunal a todos los supuestos en los que voluntariamente el empresario que constituyó el SPP, decida externalizar los servicios amparado en la causa organizativa objetiva del art. 52 c) ET fundamentando la misma en su facultad de exteriorizar los servicios de prevención (art. 12 y 16 RSP)⁵⁰².

Para concluir, hay que poner de manifiesto que en los casos en los que haya que constituir un SPP, será necesario un plazo para que éste se lleve a cabo de la forma y modo más adecuado. Para ello es necesario que se establezca un plazo durante el cual se valore la nueva situación, especialmente en el caso de que se produzca aumento de plantilla y haya que constituir un SPP (con la gestión que ello conlleva y la contratación de personal adecuado y compra de material al efecto), o haya que proceder a la designación de trabajadores para los que habría que llevar a cabo un proceso de formación oportuno. A estos efectos, parece que el periodo de un año es un tiempo adecuado ya que es el utilizado por el legislador para otras cuestiones relativas a la organización de la prevención de riesgos laborales⁵⁰³. Claramente se ha establecido este periodo para el supuesto del art. 14 c) RSP para los casos en los que la autoridad laboral considera que la empresa debe constituir un SPP.

2.1.2. La peligrosidad: suficiencia del Anexo I del Reglamento de los Servicios de Prevención sobre actividades peligrosas en la empresa.

Las empresas que tengan más de 250 trabajadores y que además desarrollen actividades peligrosas de las establecidas en el Anexo I del RSP, deberán constituir un Servicio de Prevención Propio⁵⁰⁴. Junto al elemento del tamaño de la empresa, hay que añadir, la variable peligrosidad de la actividad, siendo necesario que se den las dos para que podamos aplicar el supuesto contemplado en el art. 14. b) del RSP.

Para saber qué son actividades peligrosas hay que acudir al propio RSP que en su Anexo I establece un listado cerrado y heterogéneo de actividades que van a tener tal consideración. El Anexo se ha interpretado desde dos perspectivas diferentes. Hay

⁵⁰² MONTOYA MELGAR, A. y CÁMARA BOTÍA, A., *Principios Jurídicos de la Protección de la Salud de los Trabajadores en la empresa*, Revista la Mutua, núm. 8, 2006, pp. 68-70.

⁵⁰³ LUQUE PARRA, M., *La organización de la prevención en la empresa*, op. cit., pp. 64-65.

⁵⁰⁴ Anexo que tiene su antecedente inmediato en el art. 10 de la Orden de 21 de noviembre de 1959 por la que se aprueba el Reglamento de los Servicios Médicos de empresa.

entidades que lo consideraron una relación de ramas de actividad económica de la Clasificación Nacional de Actividad Económicas, pero surgía el problema de que hay varios apartado del anexo que no hay forma de precisar a qué rama productiva se refieren, por lo que es difícil encuadrar a las empresas a través de tal interpretación. Por otra parte, y más acorde con el contenido de la norma, el Anexo I se ha considerado como una relación integrada de tipos, tareas de trabajo y ramas de producción⁵⁰⁵.

Cuando las normas que hacen alusión al Anexo I establecen el termino actividades peligrosas, debe entenderse que el termino actividad aparece para hacer referencia al conjunto de operaciones, tareas y trabajos realizados en una empresas, así que las consecuencias jurídicas establecidas para dicho preceptos entrarán en juego cuando alguna de esas operaciones tareas y trabajos aparece citada en el Anexo I. Lo que implica que si la empresa realiza otras tareas, funciones o actividades que no se regulan en tal anexo, no se consideraran actividades peligrosas a estos efectos. Al tratarse de una norma que incrementa el nivel de exigencias debe aplicarse de manera restrictiva. Es decir, sólo serán peligrosas las actividades recogidas en el Anexo, y sólo debe aplicarse en relación con los preceptos que expresamente remitan a él. En este sentido, el RSP establece su aplicación respecto de la determinación de la modalidad organizativa en relación con la asunción personal del empresario (art. 11.1 B) RSP), y en relación con la obligación de constitución del SPP (art. 14. B) RSP). También se recoge respecto a la limitación para la exención de auditorías reglamentarias (art. 29.3 RSP), o para determinar la formación de nivel básico (art. 35.2 RSP).

El estudio del Anexo I del RSP y una visión práctica del mismo, plantea numerosas dudas. Pocos son los casos que se pueden encontrar en la jurisprudencia, sin embargo, resulta destacable el supuesto de la STSJ de Navarra, de 2 de diciembre de 2010, (Rº. 214/2010, Sala de lo Social) *En el supuesto enjuiciado, según se desprende del ordinal primero de la declaración de hechos probados, resulta acreditado que la sociedad demandada se dedica a la fabricación de tubos, tuberías, perfiles huecos y sus accesorios de acero. Sin embargo, ello, no permite la estimación del recurso en cuanto el apartado i) del Anexo I del RD 39/1997 sólo alude a las actividades de siderurgia y, (...), no es suficiente para incluirla en el mentado Anexo I que se dedique al sector del metal o de la industria siderometalúrgica pues en el mismo no se incluyen todas las empresas de ese sector, sino sólo las que se dedican específicamente a la actividad siderurgia...*". De la lectura completa de la sentencia se observa que, mientras que para la Dirección General de Trabajo y Prevención de Navarra la siderurgia es un concepto menos amplio que la metalurgia, limitar las actividades en la industria de la siderurgia a las de fundición del hierro (sólo sería

⁵⁰⁵ BLASCO MAYOR, A., *Significado y Aplicación del Anexo I del Reglamento de los Servicios de Prevención*, Revista técnica de Seguridad y Salud laboral, núm. 161, 2002, pp. 47.

peligrosas las grandes acerías), supondría excluir el resto de procesos que se pueden llevar a cabo con el hierro y que también son peligrosos, el Tribunal entiende, por el contrario, que el Anexo I no se está refiriendo a todas las empresas del sector de metal (industria siderometalúrgica), sino sólo a la siderurgia, por lo que desestima el recurso, eliminado con ello, la obligación de la empresa de tener un SPP, pese a que el número de trabajadores superaba los 250 (341 trabajadores).

Efectivamente, si se parte de la consideración del Anexo I RSP como una lista cerrada, y ciñéndose estrictamente a lo allí dicho, la actividad que se considera peligrosa es, para este caso, la industria siderúrgica. Ahora bien, también es muy probable que una empresa con 341 trabajadores que se encarga de la fabricación de tubos, tuberías, perfiles, huecos y accesorios de acero, pueda implicar una serie de riesgos para los trabajadores, vinculados con la actividad siderúrgica más o menos directamente, que hagan plantearse su necesaria inclusión como actividad peligrosa. Es más, durante un largo periodo de tiempo, esta empresa estuvo registrada como tal en el Directorio de Servicios de Prevención con Medicina del Trabajo que operan en Navarra, en el que constaba encuadrada en el Anexo I del RSP.

En todo caso, una cuestión como la planteada fuerza a considerar que, o bien el Anexo I debería repensarse y actualizarse; o bien debería reformularse al completo el apartado 14 b) RSP, de forma que no pudieran quedarse fuera ni las empresas con un número importante de trabajadores; ni las que se dediquen a actividades peligrosas o a sectores peligrosos; ni las que no demuestren la eficacia de los medios de prevención empleados; ni, en fin, las que no manifiesten una adecuada gestión e integración de la prevención. Además, de este problema, derivado del análisis del Anexo I, se pueden observar otros que llevan a que el Anexo I RPS sea prácticamente inservible en multitud de ocasiones.

En primer lugar, no queda suficientemente claro, porque nada se dice al respecto, si la empresa está obligada a tener un SPP sólo cuando se dedica de forma principal a las actividades que se establecen como peligrosas o cuando utiliza de forma nuclear los agentes que dan lugar a la calificación de la actividad como peligrosa; o si por el contrario, la empresa está obligada aún cuando la actividad que se considera peligrosa es una actividad accesorio o puntual de la principal en la empresa, o cuando los agentes peligrosos sólo se utilizan en alguna parte de la producción o en algún momento de la misma, no siendo por tanto la actividad principal de la empresa la actividad arriesgada descrita en el Anexo I⁵⁰⁶. El Reglamento no precisa si en este supuesto el empresario sigue estando obligado a constituir un SPP y, ante el silencio de la norma, la interpretación más acertada, por ser la más protectora, es que, aunque

⁵⁰⁶ SANCHEZ SANZ, R., y ALLUÉ BUIZA, A., *El Reglamento de los servicios de prevención. Análisis y Comentarios*, Madrid, Fundación Confemetal, 1997, pp. 53.

la empresa desempeñe actividades distintas a las que integran el Anexo I, cuando haga, en alguna circunstancia o lugar de trabajo, alguna de esas actividades reguladas como peligrosas, el empresario estaría obligado a tener un SPP⁵⁰⁷.

Es imprescindible traer a colación aquí el escrito de contestación de la Dirección General de la ITSS, de fecha de 5 noviembre de 2002, mediante el cual se procede a la contestación a la consulta planteada por una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales en relación con la aplicación del art. 14 b) RSP. Argumenta la Mutua que, si el art. 14 b) RSP hace una mezcla de las variables tamaño de la empresa y peligrosidad de la actividad, por qué no trasladar esa conexión de variables cuando son pocos trabajadores en la empresa los que se dedican a la actividad peligrosa, no teniendo en ese caso la obligación de constituir un SPP. En definitiva, a la cuestión de si basta la presencia de algún puesto de trabajo con exposición a los riesgos descritos en el Anexo I para considerar al conjunto de la empresa dentro del supuesto del apartado b). La Dirección General de la ITSS contesta en sentido negativo. La ITSS argumenta su respuesta con base en varios motivos. En primer lugar, las actividades señaladas en el Anexo I se refieren a tareas específicas que pueden darse en gran número de empresas y salvo excepciones no pueden ser equiparadas a ramas de la actividad económica; en segundo lugar, entiende la ITSS que la aplicación de los artículos que hacen referencia al Anexo I no admiten ningún tipo de interpretación y que el sentido literal de los mismos es claro, no permitiendo ponderar el volumen de los trabajadores que realicen actividades de especial riesgo; en tercer lugar, en relación con el factor de peligrosidad, es suficiente con que en la empresa se realicen actividades de las incluidas en el Anexo I, resultando indiferente el hecho de que la empresa no realice más que una de las actividades de entre las listadas, puesto que lo relevante es la mayor exigencia en la prevención debido a la peligrosidad de estas actividades.

Dada la claridad con la que la ITSS responde a la cuestión de la obligación derivada del art. 14 b) RSP en relación con las diferentes actividades en la empresa, unas peligrosas y otras no, la solución es la aplicación del Anexo en sus estricto términos. No obstante, quizá una respuesta tan tajante obedece al hecho de que se protejan con especial fuerza los bienes jurídicos de los que se encarga precisamente la prevención de riesgos laborales. Pero hay que preguntarse si esa radicalidad en la aplicación del Anexo I, es realmente útil y consigue el fin perseguido. No se puede entender que en un supuesto de hecho como el planteado en la sentencia del inicio, la empresa quede fuera del listado de actividades peligrosas, y en cambio, una empresa que no se dedique a una actividad peligrosa, pero que a lo largo de su proceso productivo pueda realizar alguna de esas actividades o usar alguno de los agentes considerados peligrosos, tenga necesariamente que se calificada como peligrosa y por tanto,

⁵⁰⁷ MORENO MÁRQUEZ, A., *Los servicios de prevención*, op. Cit., pp. 30 y 31.

someterse a lo establecido por las normas para estos casos.

Excepcionalmente podrían diferenciarse las empresas que realizan trabajos peligrosos de forma constante, aunque no sea la actividad principal de la misma, de aquellas en las que sólo de forma ocasional se lleve a cabo una actividad peligrosa. En el primero de los casos, la peligrosidad está presente en la empresa siempre y por lo tanto las obligaciones específicas y más rigurosas de organización de la prevención deben aplicarse. Sin embargo, en el segundo de los casos, no se entendería el nacimiento de esta obligación (en el caso, constituir un SPP) porque la empresa no realiza actividad peligrosa alguna; si bien, será necesario tomar medidas organizativas especiales (recurso preventivo, presencia de personal cualificado del servicio de prevención ajeno, o presencia de los trabajadores designados) cuando se lleve a cabo esa actividad peligrosa o se utilice un agente peligroso.

En segundo lugar, si se atiende a la importancia del centro de trabajo como concepto que no delimita la obligación de organización de prevención pero sí que la modula, se puede interpretar que, en los supuestos de empresas con centros de trabajo diferenciados donde se diera la circunstancia de que en uno de ellos se llevaran a cabo las actividades peligrosas pero no en los demás, se podría plantear la obligación de formar el SPP con sede en ese centro de trabajo puesto que es allí donde se generan los riesgos que aumentan el peligro; o se podría plantear la obligación de designar y mantener de forma permanente en ese centro de trabajo un técnico/s de prevención que formen parte del SPP y con competencias suficientes para llevar a cabo las actividades de prevención pertinentes en relación con esos trabajos peligrosos. El fundamento de esta posible interpretación se encuentra en la necesidad de adecuar los medios de prevención de la organización preventiva a los riesgos existentes, y en este supuesto a las actividades peligrosas. De nuevo hay que traer a colación la referencia a la distribución de los riesgos, recogida en los arts. 31.4 c) LPRL y 15.3 RSP.

En tercer lugar, el Anexo I del RSP hace una referencia genérica a las actividades peligrosas estableciendo un listado cerrado⁵⁰⁸ creado en el año 1997 y que no se ha modificado a lo largo del tiempo, pese a las modificaciones que han sufrido las actividades productivas con los cambios introducidos por las nuevas tecnologías o la aparición de nuevos agentes o procedimientos que podrían dar lugar a otras actividades peligrosas⁵⁰⁹. Nada establece el Reglamento sobre la posibilidad de modificar o introducir nuevas actividades en este Anexo lo que hubiera sido deseable que pudiera hacerse a través del mecanismo legal de la Orden ministerial, sin

⁵⁰⁸ MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C., Y MORENO VIDA, M.N. (dirs.), *Comentario a la Ley de prevención de riesgos laborales y sus desarrollos reglamentarios*, Granada Comares, 2004, pp. 325.

⁵⁰⁹ Existen otros listados de actividades o trabajos peligrosos que, sin embargo, no ayudan a completar o actualizar el del Anexo I, por cuanto son meras repeticiones parciales de lo que allí se establece. Se trata del listado de la actual Disposición Adicional Segunda de la Ley 14/1994 de ETT, o el listado del Anexo II del RD 1627/1997, de disposiciones mínimas de seguridad y salud en obras de construcción.

necesidad de recurrir a un nuevo Real Decreto⁵¹⁰, permitiendo la operatividad imprescindible cuando se trata de una regulación que atañe a una materia tan cambiante. En todo caso, se trata de un elenco de trabajos y actividades caracterizados por su elevada peligrosidad ya sea por el tipo de agentes que intervienen en el proceso productivo, ya sea por el medio físico en el que se lleva a cabo el trabajo, ya sea por los procedimientos utilizados para el desarrollo de las tareas.

Por último, hay que plantearse la insuficiencia del criterio del número de trabajadores cuando la actividad es peligrosa ya que ello puede dar origen a situaciones muy criticables como sucede con la organización de la prevención en las empresas que tienen menos de 250 trabajadores pero la actividad que realizan es peligrosa (y está, incluso, incluida en el Anexo I del RSP)⁵¹¹. La falta de obligatoriedad en este caso ya que ni hay un deber de constitución de un SPP, ni tampoco de concertar la prevención con un servicio de prevención ajeno, se ha calificado como la más grave carencia planteada por la normativa reguladora de la organización de la prevención en la empresa⁵¹² que sólo puede ser subsanada por lo establecido en el art. 14. c) del RSP, dejando esta decisión en manos de la Autoridad Laboral. En estos casos, la designación de trabajadores queda como la modalidad a utilizar por las empresas que voluntariamente no deciden acogerse al servicio de prevención propio, y todo ello, pese a tratarse de empresas con gran volumen de mano de obra y necesitadas de un sistema preventivo más riguroso⁵¹³.

En cuanto al listado de actividades peligrosas que establece el RSP, en los primeros cuatro apartados del Anexo I se recogen los agentes que dan o pueden dar lugar a la calificación de las actividades como peligrosas, y en los siguientes, se establecen actividades que van a tener, per se, tal calificación.

A) Agentes o Productos peligrosos

Respecto a los agentes que pueden dar lugar a la calificación de determinadas actividades empresariales como peligrosas, en todos los apartados que se regulan en el Anexo I se produce dos elementos característicos. El primero, la alusión a normas

⁵¹⁰GONZALEZ ORTEGA, S., MORENO MÁRQUEZ, A., FERNANDEZ PERDIDO, F., *Comentarios al Reglamento de los Servicios de Prevención (Real Decreto 39/1997, de 17 de enero)*, op. Cit., pp. 101.

⁵¹¹ Un claro ejemplo lo encontramos en las empresas que se dedican al sector de la construcción ya que son en su mayoría empresas de menos de 250 trabajadores aunque se pueden dar multitud de supuesto en otros sectores de actividad.

⁵¹²GONZALEZ ORTEGA, S., *La organización de la prevención por el empresario: los servicios de prevención*, op. cit., pp. 26; LOPEZ TERRADA, E., *Los servicios de prevención propios*, op. cit., pp. 76.

⁵¹³FERNÁNDEZ COSTALES MUÑOZ, J., *La organización de la prevención en la empresa*, en FERNANDEZ DOMINGUEZ, J. J. (dir.), “Prevención y Dimensión de la empresa”, Valladolid, Consejería de empleo y economía, 2008, pp. 203-204.

derogadas que sería conveniente actualizar; y el segundo, la dificultad, especialmente en algunos casos, para saber cuáles son específicamente esos productos o agentes que hacen que una actividad se convierta en peligrosa. La razón fundamental de esa peligrosidad se halla en la confluencia de muchas normas y remisiones que conforman una maraña normativa.

a) Actualización de las referencias normativas

Sobre el primer elemento, pueden observarse las distintas modificaciones que han operado a lo largo de los últimos años y que hacen que las referencias del Anexo I ya no sean del todo adecuadas (salvo en lo que se refiere al apartado b) que ha sido recientemente modificado y actualizado por el RD 598/2015, de 3 de julio, por el que se modifican el R.D. 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los servicios de prevención; el R.D. 485/1997, de 14 de abril, sobre disposiciones mínimas en materia de señalización de seguridad y salud en el trabajo; el R.D. 665/1997, de 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes cancerígenos durante el trabajo y el R.D. 374/2001, de 6 de abril, sobre la protección de la salud y seguridad de los trabajadores contra los riesgos relacionados con los agentes químicos durante el trabajo).

En relación con los trabajos con exposición a radiaciones ionizantes se recogen en el apartado a) del Anexo I del RSP. A este respecto, hay que decir, que el RD 53/1992, de 24 de enero, al que hace referencia el RSP, ha quedado derogado por el RD 783/2001, de 6 de julio, por el que se aprueba el Reglamento sobre protección sanitaria contra radiaciones ionizantes. Junto al RD 783/2001, hay que tener en cuenta también el RD 1836/1999, de 3 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre instalaciones nucleares y radiactivas, así como el RD 413/1997, de 21 de marzo, de protección operacional de los trabajadores externos con riesgo de exposición a radiaciones ionizantes por intervención en zona controlada.

Tras la modificación del Anexo I en su apartado b), con el RD 598/2015, de 3 de julio, por el que se modifican varias normas de prevención, se actualiza el contenido referido a determinados agentes peligrosos. Así, ahora se consideran peligrosas las actividades en las que se produzca una exposición a sustancias o mezclas causantes de toxicidad aguda de categoría 1, 2 3 y 4, y en particular a agentes cancerígenos, mutagénicos y tóxicos para la reproducción de categoría 1A y 1B conforme a los establecido en el Reglamento 1278/2008, de 16 de diciembre de clasificación, envasado y etiquetado de sustancias y mezclas. Sin embargo, esta actualización es consecuencia de una evolución normativa que comienza tras la entrada en vigor del RSP, cuando se elabora el RD 665/1997, de 12 de mayo, sobre protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados a agentes cancerígenos durante el tiempo de trabajo, norma que

queda afectada por el RD 349/2003, de 21 de marzo, por el que se modifica el Real Decreto 665/1997, de 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes cancerígenos durante el trabajo y por el que se amplía su ámbito de aplicación a los agentes mutágenos; y también por el RD 1124/2000, de 16 de junio, por el que se modifica el Real Decreto 665/1997, de 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes cancerígenos durante el trabajo. En la actualidad estas normas han quedado actualizadas ajustando su contenido al actual sistema para la clasificación y etiquetado de sustancias y mezclas establecido en la Directiva 2014/27/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014.

En tercer lugar, sobre la exposición a productos químicos de alto riesgo, estos eran regulados en el RD 886/1988 de 15 de julio. Varias son las cuestiones que hay que tener en cuenta en este caso. Por un lado, que este RD ya no está vigente, y, por el otro, que, con posterioridad a la entrada en vigor del Anexo I RSP, se ha creado una nueva normativa sobre la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores contra los riesgos relacionados con agentes químicos durante el trabajo, que es el RD 374/2001, de 6 de abril, que se debería tener en cuenta a efectos considerar determinadas actividades también actividades peligrosas. En relación con la segunda cuestión, por lo que se refiere al RD 374/2001, de 6 de abril, y dada la dificultad que entraña su aplicación, se verá con algo más de detenimiento en el siguiente apartado. En relación con la primera de las cuestiones, el RD 886/1988 quedó derogado por el RD 1254/1999, de 16 de julio, por el que se aprueban medidas de control de los riesgos inherentes a los accidentes graves en los que intervengan sustancias peligrosas⁵¹⁴, norma que a su vez viene a trasponer la Directiva 96/82/CE, de 9 de diciembre. En este Real Decreto, que ha sufrido modificaciones posteriores precisamente en lo que hace al ámbito de aplicación, hay que atender a su Anexo I para saber cuándo se trata de sustancias peligrosas y, sobre todo, actividades peligrosas, ya que, en muchos casos, depende de la cantidad de exposición a la sustancia para considerar la actividad como peligrosa o no. Respecto de las sustancias peligrosas en actividades industriales hay que hacer referencia a la Guía para la realización de inspecciones técnicas administrativas (en el ámbito del Real Decreto 1254/1999), elaborada en el año 2003 por la Dirección General de Protección Civil del Ministerio del Interior que, aunque sin carácter vinculante, permite una mejor comprensión técnica tanto de la Directiva como de este RD y donde es posible encontrar, además, un listado de los aspectos a considerar en relación con todos los Reglamentos de Seguridad Industrial.

⁵¹⁴ Que a su vez es modificado por el RD 948/2005, de 29 de julio, por el que se aprueban medidas de control de los riesgos inherentes a los accidentes graves en los que intervengan sustancias peligrosas y por el RD 119/2005, de 4 de febrero, por el que se aprueban medidas de control de los riesgos inherentes a los accidentes graves en los que intervengan sustancias peligrosas

Por último, por lo que respecta a la exposición de agentes biológicos de los grupos 3 y 4, el RSP alude a los agentes biológicos de los grupos 3 y 4 establecidos en la Directiva 90/679/CEE, de 26 de noviembre de 1990, que no obstante, fue modificada por la Directiva 93/88/CEE, de 12 de octubre de 1993, y adaptada al progreso técnico por la Directiva 95/30/CE, de 30 de junio de 1995, la 97/65/CE, de 26 de noviembre de 1997, y por la 97/59/CE, de 7 de octubre, por las que adapta también al progreso técnico la Directiva 90/679/CEE y que finalmente ha sido modificada por la Directiva 2000/54/CE, de 18 de septiembre de 2000. Por lo que se refiere al ordenamiento español, la norma aplicable es el RD 664/1997, de 12 de mayo de 1997, sobre protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo, que viene a trasponer la Directiva 90/679/CEE.

b) Dificultades para determinar el agente o producto peligroso

Toda esta cantidad de normas a la que se ha hecho referencia dificulta en algunas ocasiones la consideración de algunos agentes o productos como peligrosos. Sin embargo, la decisión que se tome finalmente sobre su posible peligrosidad, es ciertamente relevante, ya que con ella se determinará el tipo de organización preventiva que debe tener la empresa, ya sea respecto al SPP, ya sea para la opción por la asunción por el empresario.

Siguiendo el orden del anterior punto del trabajo, para saber cuándo se está ante trabajos con exposición a radiaciones ionizantes, se ha de atender al ámbito de aplicación de este último Reglamento que recoge en su art. 2.1 todas las prácticas que impliquen un riesgo derivado de las radiaciones ionizantes que procedan de una fuente artificial, o bien, de una fuente natural de radiación cuando los radionucleidos naturales son o han sido procesados por sus propiedades radiactivas, fisionables o fértiles. Además, la propia norma establece que habrá que tener en cuenta otras actividades o situaciones laborales en las que tendría que aplicarse el Reglamento y que por tanto se han de considerar como actividades peligrosas. Se trata de los casos de emergencia radiológica o exposición a situaciones perdurables en el tiempo, así como las situaciones de incremento de la exposición a las fuentes naturales de radiaciones ionizantes⁵¹⁵.

En relación con la exposición a agentes tóxicos y muy tóxicos y en particular a agentes cancerígenos, mutagénicos o tóxicos para la reproducción de primera y segunda

⁵¹⁵ Para conocer más sobre la exposición a trabajos con radiaciones ionizantes y aunque no tenga carácter vinculante, hemos de atender, dada la complejidad de la materia a la *Nota Técnica de Prevención (NTP) núm. 614 sobre radiaciones ionizantes: normas de protección*. En línea: http://www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Documentacion/FichasTecnicas/NTP/Ficheros/601a700/ntp_614.pdf

categoría el Anexo I y a los efectos de saber cuándo se está en presencia de actividades peligrosas por estas causas, hay una remisión del propio Anexo I del RSP a la normativa sobre notificación de sustancias peligrosas y sobre preparados peligrosos, que a su vez es la referencia que encontramos en el Anexo I, añadiendo el RD 665/1997, no obstante, un listado de sustancias, preparados y procedimientos también considerados peligrosos⁵¹⁶. Dada la cantidad de normas aplicables a este supuesto, lo más razonable es entender que actividades peligrosas son todas aquéllas establecidas en el ámbito de aplicación del RD 665/1997 (aunque sea posterior al RSP)⁵¹⁷, y no sólo las que se recogen en los Reales Decretos que se mencionan en el RSP. Normas que, por cierto, o bien han sido derogadas, o bien han sido modificadas. Así ocurre con el RD 363/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de clasificación, envasado y etiquetado de sustancias peligrosas que ha sido modificado por el RD 717/2010, de 28 de mayo; y con el RD 1078/1993, de 2 de julio, que fue derogado por el RD 255/2003, de 28 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento sobre clasificación, envasado y etiquetado de preparados peligrosos. No obstante, tras el análisis de esta maraña normativa, no queda realmente claro cuáles son las sustancias que se pueden considerar peligrosas a efectos de aplicación del Anexo I, apartado b) del RSP y cuáles son los preparados considerados peligrosos a los mismos efectos.

Por lo que se refiere a los agentes químicos de alto riesgo el hecho de que el RD 374/2001 no esté recogido en el Anexo I de nuestro RSP, parece que ello podría impedir su aplicación, pese a que en él se establecen numerosas sustancias que son utilizadas en actividades que deberían considerarse peligrosas, y por tanto, estar obligadas desde el punto de vista de la organización de la prevención a la creación de una modalidad específica. Sin embargo, cuando se entra a analizar el RD 374/2001, se observa que el art. 2.5 a) se remite a la normativa sobre notificación de sustancias nuevas, clasificación, envasado y etiquetado de sustancias peligrosas y la normativa de preparados peligrosos. Como el Anexo I del RSP hace referencia precisamente a las actividades peligrosas establecidas en la normativa sobre notificación de sustancias y preparados peligrosos, ha de entenderse la aplicación de lo establecido en el RD 374/2001, no por la vía del apartado c) sino por la del apartado b) del Anexo I del

⁵¹⁶RD 665/1997, de 12 de mayo. Anexo I: Lista de sustancias, preparados y procedimientos: 1) Fabricación de auramina; 2) Trabajos que supongan exposición a los hidrocarburos aromáticos policíclicos presentes en el hollín, el alquitrán o la brea de hulla; 3) Trabajos que supongan exposición al polvo, al humo o a las nieblas producidas durante la calcinación y el afinado eléctrico de las matas de níquel; 4) Procedimiento con ácido fuerte en la fabricación de alcohol isopropílico; 5) Trabajos que supongan exposición a polvo de maderas duras

⁵¹⁷ Es necesario tener en cuenta, en relación con la exposición a agentes tóxicos y muy tóxicos, la Guía Técnica elaborada por el INSHT para la evaluación y prevención de riesgos relacionadas con la exposición a agentes cancerígenos o mutágenos. En línea: http://www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Normativa/GuiasTecnicas/Ficheros/Agentes_cancerigenos.pdf

RSP. Mayores dudas plantea el apartado b) del art. 2.5 del RD 374/2001, que también entiende que es agente químico peligroso aquel que supere los valores límites ambientales establecidos en la normativa, entre los que se encuentra el plomo inorgánico y sus derivados y aquellos otros recogidos en el Documento sobre límites de exposición⁵¹⁸ profesional para agentes químicos en España.

El problema en este caso, es que el RSP no recoge ni regula la posibilidad de incluir estos agentes químicos peligrosos al no hacer referencia a ellos en ninguno de los apartados ni existir ningún tipo de remisión entre normas (al contrario de lo que ocurre en algunas ocasiones en este Anexo I del RSP). Por esta razón no se sabe si las empresas que realizan actividades en las que utilizan agentes químicos recogidos en esta norma que superan los valores límite ambientales, han de ser consideradas peligrosas a efectos del RSP. No se trata de agentes cancerígenos y mutagénicos de primera y segunda categoría, porque si así fuera estarían incluidos en el apartado b) del Anexo I; y tampoco se trata de productos químicos de alto riesgo que son objeto de aplicación del RD 1254/1999, aunque el RD 374/2001 los esté considerando agentes químicos peligrosos. El principio de tipicidad no permitiría incluirlas como actividades peligrosas porque no están reguladas como tal. Sin embargo, si se acude de nuevo a los RD 363/1995 y RD 255/2003 que hacen referencia a estos valores límite y los tienen en cuenta a efectos de la evaluación de estas sustancias, se podría entender indirectamente incluidos. Lo adecuado, en todo caso, sería una actualización del Anexo I del RSP que evitara otras interpretaciones y posibles confusiones. No se puede olvidar, además, que lo que pretende el legislador con la creación de este listado de actividades peligrosas es proteger al trabajador en cualquier empleo en el que se utilicen agentes, sustancias o procedimientos que fueran peligrosos, y qué duda cabe que éstos a que se están haciendo referencia son peligrosos aunque no estén recogidos de manera clara en la normativa.

Por último, en relación con los agentes biológicos de los grupos 3 y a diferencia de lo que ocurre con otras actividades peligrosas, tanto el RD como las Directivas, deja claro a qué se refiere con agentes biológicos de cada uno de los grupos 1, 2, 3 y 4 (art. 3) y además, recoge un Anexo II con un listado de agentes biológicos de los grupos 2, 3 y 4, especificando no sólo qué son agentes biológicos, sino cuáles son. La técnica pedagógica del RD 664/1997 es impecable, porque también se encuentra un listado de actividades en las que se pueden utilizar estos productos y agentes biológicos, por lo que, para este supuesto d) del Anexo I del RSP, será más fácil identificar cuando se está ante actividades peligrosas para las que la organización de la prevención se configura con especialidades u obligaciones ineludibles.

⁵¹⁸ INSHT., Límites de Exposición profesional para agentes químicos en España, en línea: <http://www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Documentacion/LEP%20 VALORES%20LIMITE/Valores%20limite/Limites2013/limites%202013.pdf>

B) Actividades que se califican como peligrosas

En los siguientes apartados del Anexo I del RSP se hace referencia, ya no a agentes, sino directamente a actividades que se consideran peligrosas. El problema es que, en prácticamente todas ellas, hay una falta de referencias jurídicas y por tanto, ausencia de concreción de los trabajos que se consideran peligrosos, siendo la mención a actividades demasiado amplia y ambigua. No obstante, en algunos casos se han elaborado normativas posteriores a la entrada en vigor del RSP, que al menos pueden dar cierta seguridad jurídica sobre los trabajos concretos que son realmente peligrosos.

a) Actualización de las referencias normativas

En relación con las actividades de fabricación, manipulación y utilización de explosivos, incluidos los artículos pirotécnicos y otros objetos e instrumentos que contengan explosivos, hay que atender al RD 230/1998, de 16 de febrero, por el que se aprueba el reglamento de explosivos que es modificado por el RD 277/2005, de 11 de marzo, que regula a través de sus anexos los artículos considerados pirotécnicos, así como un listado para los que se requieren especificaciones para saber si se tratan de artículos pirotécnicos o explosivos. Así mismo, hay que hacer mención al RD 563/2010, de 7 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de artículos pirotécnicos y cartuchería que permite una ampliación del ámbito de aplicación del RD 230/1998.

Una mención especial, como no podía ser de otro modo, requiere el apartado h) del Anexo I del RSP sobre a las actividades en obras de construcción, excavación, movimientos de tierra y túneles con riesgos de caída en altura o sepultamiento. Un sector tan peculiar como es el relativo a las obras de construcción ha tenido un importante desarrollo reglamentario en materia de seguridad y salud en el trabajo, habiéndose establecido además, de forma concreta, el régimen jurídico de la subcontratación, estableciendo una serie de garantías dirigidas a evitar que la falta de control en esta forma de organización productiva ocasione situaciones objetivas de riesgo para la seguridad y salud de los trabajadores. Se trata de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción y el RD 1109/2007, de 24 de agosto por el que se desarrolla la Ley 32/2006.

No obstante, y a los efectos que aquí interesan, conviene centrar la atención en el RD 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción, para ver qué se entiende por actividades de construcción, excavación y movimientos de tierra y túneles.

En relación con los trabajos en los que hay presencia de gases comprimidos, licuados o disueltos (apartado j) del Anexo I del RSP), parece que el legislador quería referirse

a lo que se ha conocido como atmósferas explosivas, pero de una manera amplia. La legislación a nivel europeo y su trasposición al ordenamiento español es posterior al RSP, por lo que hay que atender a esta regulación para conocer el ámbito de aplicación de este apartado. Se trata de la Directiva 1999/92/CE, de 16 de diciembre, relativa a disposiciones mínimas de seguridad de los trabajadores expuestos a los riesgos derivados de atmósferas explosivas y del RD 681/2003, de 12 de junio, sobre la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores expuesto a riesgos derivados de atmósferas explosivas en el lugar de trabajo⁵¹⁹. Este RD tiene un ámbito de aplicación muy amplio por lo que se puede tomar como referencia para la aplicación del apartado j) del Anexo I del RSP.

Por último, el listado recoge los trabajos de alta tensión como trabajos peligrosos en el apartado l) del Anexo I del RSP. Como ocurre en la mayor parte de las actividades que se han analizado, con posterioridad a la entrada en vigor de este anexo se elabora una normativa específica al respecto. El RD 614/2001, de 8 de junio, sobre disposiciones mínimas para la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores frente a los riesgos eléctricos viene a recoger una serie de directrices sobre las instalaciones eléctricas en los lugares de trabajo y los procedimientos para trabajar en ellas en condiciones de seguridad.

b) Dificultades para la determinación de las actividades como peligrosas

En relación con las actividades de fabricación, manipulación y utilización de explosivos, la aplicación de la nueva normativa al supuesto, plantea las limitaciones aplicativas que ella misma establece y que hace más restringido el ámbito de aplicación del supuesto e) del Anexo I del RSP. Por ejemplo, el art. 1.5 b) del RD 563/2010 excluye del ámbito de aplicación las materias que puedan formar mezclas explosivas pero en pequeñas cantidades, en caso de accidente, ello no implique ninguna manifestación exterior. Sin embargo, hay una interpretación mucho más adecuada al Reglamento de los Servicios de Prevención con un objeto doble: no ponerle límites aplicativos dada la inexistencia de referencias legales, y poder utilizar la normativa aprobada sobre explosivos y artículos pirotécnicos con la ventaja de obtener una mayor seguridad jurídica. Si se atiende a la literalidad de la última parte del apartado e), allí se dice afirma: “incluidos otros objetos o instrumentos que contengan explosivos”, por lo que se pueden entender incluidas también las actividades en las que se utilicen materias que puedan formar mezclas explosivas ya

⁵¹⁹ Hay que hacer referencia también en este ámbito a la existencia de la Guía Técnica de Atmósferas Explosivas elaborada por el INSHT, en línea: <http://www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Normativa/GuiasTecnicas/Ficheros/ATM%C3%93SFERAS%20EXPLOSIVAS.pdf>

que el RSP, y a efectos de organización de la prevención, incluye cualquier actividad de fabricación manipulación y utilización de cualquier objeto que contenga explosivos aunque sea en pequeñas cantidades.

Por lo que se refiere a los trabajos propios de minería a cielo abierto y de interior y sondeos en superficie terrestre o en plataformas marinas no hay normativa específica de prevención de riesgos laborales que unifique estas materias como ocurre con los explosivos o con los agentes biológicos, por poner un ejemplo, y que permita conocer en forma de listado las actividades peligrosas. Esto lleva a entender que cualquier trabajo que se realice en estos ámbitos ha de considerarse actividad peligrosa, sin que ello suponga que no hay que tener en cuenta la normativa en estos sectores sobre la seguridad y salud de los trabajadores⁵²⁰, como no puede dejar de mencionarse el hecho de que la Comisión Europea está estudiando la posibilidad de elaborar una legislación específica común para las plataformas marinas, de petróleo y de gas que reduzca los riesgos⁵²¹.

En relación con el apartado g) del Anexo I del RSP también se considera actividades peligrosas, las actividades de inmersión bajo el agua, respecto de las cuales se elaboró una Orden de 14 de octubre de 1997 de normas de seguridad para el ejercicio de actividades subacuáticas. En este supuesto no se plantean problemas ya que en el art. 1 de la Orden, que recoge el ámbito de aplicación de la norma, se establecen de forma tan amplia esas actividades que es como decir que prácticamente todas las de inmersión bajo el agua están incluidas.

Sobre las actividades en obras de construcción, excavación, movimientos de tierra y túneles con riesgos de caída en altura o sepultamiento, el art. 2.1 RD 1627/1997 da una definición de obra de construcción, siendo tal cualquier obra pública o privada en la que se efectúan trabajo de construcción o ingeniería civil cuya relación no exhaustiva se puede encontrar en el Anexo I de este RD. Por tanto, la interpretación que hay que hacer del apartado h) del anexo I del RSP debe ser conforme al art. 2.1 a) y Anexo I del RD 1627/1997, que no sólo establece como obras de construcción la excavación y

⁵²⁰ Real Decreto 863/1985, de 2 de abril] por el que se aprueba el Reglamento General de Normas Básicas de Seguridad Minera; Real Decreto 1389/1997, de 5 de septiembre] por el que se aprueban las disposiciones mínimas destinadas a proteger la seguridad y la salud de los trabajadores en las actividades mineras; Real Decreto 3255/1983, de 21 de diciembre] por el que se aprueba el Estatuto del Minero; Normas complementarias para el desarrollo y ejecución del Real Decreto 3255/1983, de 21 de diciembre, del Estatuto Minero, en materia de seguridad e higiene; Orden ITC/101/2006, de 23 de enero] por la que se regula el contenido mínimo y estructura del documento sobre seguridad y salud para la industria extractiva; Orden de 19 de marzo de 1986] por la que se establecen normas complementarias para el desarrollo y ejecución del Real Decreto 3255/1983, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Estatuto del Minero, en materia de seguridad e higiene

⁵²¹ www.ec.europa.eu/news/energy/101013_es.htm

movimientos de tierras, sino que va un poco más allá y especifica que puedan ser obras de construcción tanto las públicas como las privadas así como los trabajos de ingeniería civil. Además, establece que son obras de construcción, y por tanto actividades peligrosas, el montaje y desmontaje de elementos de prefabricación, el acondicionamiento, el desmantelamiento, los trabajos de pintura y de limpieza, entre otros⁵²².

Siguiendo en el ámbito de las actividades de construcción, resulta interesante hacer referencia al art. 2.1 b) RD 1627/1997 en el que se recoge, también como ámbito de aplicación de la norma, los “trabajos con riesgos especiales”, que define como trabajos cuya realización exponga a los trabajadores a riesgos de especial gravedad para su seguridad y salud. En relación con éstos, el RD 1627/1997 establece un Anexo II con una lista (no exhaustiva) que recoge esos riesgos especiales. Un Anexo II cuyo contenido que hay que considerar también como parte de las actividades peligrosas del RSP ya que, al analizar el listado del anexo II del RD 1627/1997, se puede apreciar que por trabajos peligrosos entiende los trabajos con exposiciones a los riesgos que ya el Anexo I del RSP ha regulado (trabajos con exposición a radiaciones ionizantes, que impliquen el uso de explosivos, que se realizan en proximidad con líneas de alta tensión...).

Por lo que se refiere a las actividades de la industria siderúrgica y en la construcción naval (apartado i) del Anexo I del RSP) no hay una normativa de cada sector que ayude a concretar los trabajos peligrosos que se realizan en cada uno de ellos. Sin embargo, en ambos tipos de industrias se realizan trabajos que han dado lugar a accidentes graves y muy graves. Se trata en ambos casos de industrias donde hay riesgos para la seguridad inherentes a las grandes plantas fabriles y a los gigantescos equipos de trabajo, y donde los trabajadores están expuestos al calor del metal fundido, a sustancias tóxicas derivadas de esas fundiciones, a emisiones de polvos y vapores como el sílice, amianto o cromo, y desde luego, al ruido. En consecuencia, los trabajos que se realizan en estas industrias deben ser considerados en su conjunto como peligrosos y por tanto, necesitados de una atención especial desde la perspectiva de la organización de la prevención en la empresa⁵²³.

En relación con los trabajos en los que hay presencia de gases comprimidos, licuados o disueltos (apartado j) del Anexo I del RSP), el RD 681/2003, y por tanto las obligaciones específicas en materia de organización de la prevención, se aplican a

⁵²² Hay que tener en cuenta que se trata de una lista abierta.

⁵²³ INSHT., *Hierro y Acero*, Enciclopedia de Salud y Seguridad en el trabajo, en línea: <http://www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Documentacion/TextosOnline/EnciclopediaOIT/tomo3/73.pdf>; INSHT., *Construcción y reparación de buques y embarcaciones de recreo*, Enciclopedia de Salud y Seguridad en el trabajo, en línea: <http://www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Documentacion/TextosOnline/EnciclopediaOIT/tomo3/92.pdf>

todos los lugares en los que pueda haber atmósferas explosivas entendidas estas como la mezcla con el aire de sustancias inflamables en forma de gas, vapores, nieblas o polvos. Ahora bien, el RD establece en su apartado 1.3 un listado de actividades a las que no se aplica⁵²⁴; pero ello no obsta que puedan considerarse actividades peligrosas. Bien es cierto que la exclusión que hace el RD 681/2003 tiene su razón en la existencia de una normativa específica para cada una de las actividades que allí se regulan. Pero también es cierto, que el Anexo I del RSP recoge de forma amplia como actividades peligrosas todas en las que se produzcan gases comprimidos, licuados o disueltos o utilización significativa de los mismos, por lo que, a efectos de considerar la peligrosidad de estas actividades, sí que deben estar incluidas ya que son actividades en el que se utilizan estos elementos. Algunas de ellas, incluso, están incluidas como actividades peligrosas, no por la vía de este apartado sino por otros ya comentados anteriormente, como es el caso del art. 1.3 c) ó d) del RD 681/2003, que se refieren a la manipulación, fabricación y utilización de explosivos, o a los trabajos de minerías o industrias extractivas.

En penúltimo lugar, el apartado k) del Anexo I RSP recoge de manera concreta como actividad peligrosa los trabajos que produzcan polvo silíceo. Parece que el legislador ha querido destacar el polvo silíceo en un apartado concreto, cuando el polvo silíceo ya es una agente tóxico que está perfectamente incluido en el apartado b), así como en el apartado i) al ser uno de los contaminantes que se dan en las industria siderúrgica y en la construcción naval. Sin embargo, tiene lógica el señalarlo de forma destacada. De un lado, porque, de forma concreta y dada la peligrosidad del agente químico, se trata de una sustancia que requiere de un tratamiento especial en materia de organización de la prevención, y de otro, , porque el polvo de sílice ha sido (y es) un agente muy utilizado en las industrias españolas y muy presente en el sector minero a lo largo del tiempo, con unas consecuencias muy graves sobre la salud para quienes trabajan con él⁵²⁵, haciendo que a pesar del tiempo transcurrido y de los avances

⁵²⁴Art. 1.3 RD 681/2003: Las disposiciones de este real decreto no serán de aplicación a: a) Las áreas utilizadas directamente para el tratamiento médico de pacientes y durante dicho tratamiento; b) La utilización reglamentaria de los aparatos de gas conforme a su normativa específica; c) La fabricación, manipulación, utilización, almacenamiento y transporte de explosivos o sustancias químicamente inestables; d) Las industrias extractivas por sondeos y las industrias extractivas a cielo abierto o subterráneas, tal como se definen en su normativa específica; e) La utilización de medios de transporte terrestres, marítimo y aéreo, a los que se aplican las disposiciones correspondientes de convenios internacionales, así como la normativa mediante la que se da efecto a dichos convenios. No se excluirán los medios de transporte diseñados para su uso en una atmósfera potencialmente explosiva.

⁵²⁵ La silicosis es una enfermedad profesional muy antigua descubierta por su padecimiento entre los trabajadores de la minería del carbón, que adquiere su nombre y presencia como tal enfermedad en el siglo XIX con la Revolución Industrial. En España, la silicosis supone una de las primeras regulaciones normativas en materia de prevención de riesgos laborales siendo la Orden de 7 de marzo de 1941 la que aprueba el Reglamento para la prevención e indemnización de la silicosis como enfermedad profesional.

tecnológicos, todavía hoy se produzcan bastantes casos de silicosis provenientes no sólo del sector de la minería sino de otros sectores expuestos a este riesgo⁵²⁶.

Por último, respecto a los trabajos de alta tensión, el RSP está considerando actividades peligrosas las que se realizan en alta tensión. Por ello, además de tener en cuenta RD 614/2001, concretamente y por lo que se refiere a la alta tensión se ha de acudir ineludiblemente al RD 223/2008, de 15 de febrero, por el que se aprueban el Reglamento sobre condiciones técnicas y garantías de seguridad en líneas eléctricas de alta tensión⁵²⁷ y sus instrucciones complementarias. Es precisamente en esta norma donde se hace una definición de instalaciones eléctricas de alta tensión (art. 2) de forma que es posible saber a través de esta norma en qué casos se está ante actividades.

2.1.3. El subsidiario tercer supuesto de obligación de creación de un Servicio de Prevención Propio

Junto a los dos supuestos de estricta obligatoriedad de constitución de un Servicio de Prevención Propio (por tamaño de la plantilla de la empresa y por peligrosidad de la actividad a partir de un cierto número mínimo de trabajadores), se configura un tercer supuesto que, no puede decirse que sea un supuesto de obligatoriedad de constitución de un SPP por cuanto, el legislador concede finalmente al empresario una opción de concertación externa con un SPA. Sin embargo, sí que se puede hablar de un supuesto subsidiario ya que sólo se llegará a él en caso de que no se haya acudido previamente a alguna de esas fórmulas de organización (SPP o SPA) y que se trate de empresas de menores dimensiones a las establecidas en la regulación legal para la obligatoriedad del SPP, en cuyo caso la obligatoriedad se tiene que considerar incondicionada o absoluta. En todo caso, hay que optar por uno u otro servicio de prevención, no siendo posible ni acudir a la modalidad de trabajadores designados ni a la de asunción personal por el empresario.

El amplio número de casos de silicosis en España da lugar a la creación del Instituto nacional de la Silicosis⁵²⁵ en el año 1970.

⁵²⁶ STSJ de Cataluña de 16 de marzo de 2012 (Sala de lo Social, R°. 4434/2011). Se declara el recargo de prestaciones por incumplimiento de la normativa de prevención vigente en el periodo temporal en el que trabajador prestaba servicios en una fábrica en la se utilizaba asbesto (amianto). Recientemente se han detectado casos de silicosis de trabajadores dedicados a colocar superficies de cuarzo en viviendas y de trabajadores dedicados al corte, preparación e instalación de encimeras de cocina de piedra artificial: Noticia en línea www.porexperiencia.com: La silicosis amenaza de nuevo. Casos recientes muestran nuevos focos de riesgo de ISTAS. En mayo de 2010 llegan al juzgado 6 casos de silicosis en una plantilla de 11 trabajadores en la Marmolería Cid de Gernika: Noticia en línea: www.elpais.com: “Amianto, sílice y ahora Cromo”, publicada el 1 de septiembre de 2013.

⁵²⁷ BOE núm. 68, de 19 de marzo de 2008. En su art 2.1 se define qué es la alta tensión: “*Las disposiciones de este reglamento se aplican a las líneas eléctricas de alta tensión, entendiéndose como tales las de corriente alterna trifásica a 50 Hz de frecuencia, cuya tensión nominal eficaz entre fases sea superior a un kilovoltio (...)*”

En este tercer supuesto, regulado en el art. 14. c) del RSP, es la Autoridad Laboral la que, en función de una serie de variables, decide que la empresa cuestionada tenga que tener un SPP, o que pueda concertar la organización de la prevención con un servicio de prevención ajeno. Se trata de una reserva del legislador a la Administración para que pueda intervenir en la voluntad de la empresa en la determinación de la modalidad más adecuada. No se trata de una intervención autorizadora de la actividad de prevención como ocurría con los SPA, pero sí que, aparece de nuevo la necesidad de proteger el interés general, que es la seguridad y salud de los trabajadores, por parte de la administración, concediéndola un cierto poder de actuación cuando las circunstancias establecidas en el precepto lo requieran. Algo que, en todo caso, quedará a la valoración de la propia autoridad laboral competente.

La clave es identificar las empresas susceptibles de ser cuestionadas desde el punto de vista preventivo y a las que, por tanto, se pueda imponer la obligación de un SPP o un concierto con un SPA. A continuación se analiza esta cuestión, así como la determinación de quien se considera a estos efectos Autoridad Laboral, y los criterios y variables que se tienen en cuenta para poder ser impuesta.

A) Las empresas susceptibles de ser condicionadas en su opción organizativa

No todas las empresas entrarían dentro del ámbito de aplicación subjetivo del supuesto descrito en el art. 14 c) RSP. Este precepto hace referencia a las “empresas no incluidas en los apartados anteriores”. Por tanto, se parte de la base de que aquellas que cuenten con más de 500 trabajadores, o aquellas que, teniendo más de 250, realicen actividades del Anexo I, obligatoriamente deben constituir un SPP, quedando la posibilidad abierta por el art. 14 c) RSP a dos grupos de empresas. Por un lado, podría aplicarse a empresas de hasta 500 trabajadores que no sean peligrosas; y por otro lado, a empresas hasta 250 que realizan actividades del Anexo I del RSP. En cualquiera de los casos la autoridad laboral debe valorar que se trata de actividades peligrosas o cuya frecuencia o gravedad de la siniestralidad que generan y soportan sea elevada.

En relación con el primer grupo de empresas, es decir empresas que no son peligrosas y tengan hasta 500 trabajadores, esta opción se convierte en la única vía posible para exigir a empresas de cierto tamaño, que tengan una organización de la prevención más garantista. Estas empresas vienen a quedar sometidas al apartado c), que al no ser un supuesto automático, dependerá de la decisión de la Autoridad Laboral en relación con la pertinencia de organizar un propio servicio de prevención o acudir a uno externo. Se trata de un supuesto que viene a cubrir dos importantes vacíos. Por un lado, qué hacer con empresas de dimensiones importantes y por otro, qué hacer en los casos de

empresas que no realizando actividades peligrosas de las del Anexo I, sin embargo, sí que realicen actividades que se pueden considerar peligrosas en aplicación de otros criterios.

Por lo que hace al segundo grupo de empresas, las que tienen hasta 250 trabajadores pero que realizan actividades del Anexo I, la frecuencia o gravedad de la siniestralidad se convierten en variables que pueden concurrir fácilmente. Puede ser una vía de protección para los trabajadores de las empresas que realizan actividades del Anexo I RSP, en empresas de menor tamaño pero donde los otros criterios determinan la necesidad de una organización preventiva más compleja y garantista. De nuevo el problema radica en que no se está ante un supuesto de automaticidad normativa, sino que los efectos que se persiguen con este precepto, dependen de la valoración de la Autoridad Laboral.

Cuando la decisión de la Autoridad Laboral lleva a esta aplicación de este supuesto, se abre para el empresario el empresario un derecho de opción entre constituir su propio servicio de prevención o concertar con uno externo la organización cumpliendo así con el deber igualmente⁵²⁸. Opción ejercitable tanto cuando se trata de una empresa muy pequeña o de una empresa de menos de 250 trabajadores que realicen actividades peligrosas del Anexo I del RSP, o de una empresa de menos de 500 trabajadores y no realice alguna de esas actividades. Esta amplitud de la norma conlleva una amplitud también en el derecho de opción que es, sin duda, excesivo. El derecho de opción es entendible cuando se trata de empresas pequeñas, sobre las que recae, a juicio de la Autoridad Laboral, la obligación de constituir un SPP, pero que, precisamente por sus dimensiones, hacen que una medida de este tipo sea incoherente y desproporcionada. Sin embargo, este derecho de opción no se entiende cuando se trata de empresas de menos de 250 trabajadores que realizan actividades peligrosas, o cuando se trata de empresas que aun no realizando actividades peligrosas tienen un numero de trabajadores elevado (hasta 500 trabajadores). Sea por las dimensiones, sea por la peligrosidad, o sea por la conjunción de ambas dimensiones, no debería existir ese derecho de opción en estos casos, llevando a estas empresas a cumplir con la obligación de organización de la prevención más garantista⁵²⁹.

B) El sujeto habilitado para imponer una fórmula organizativa.

Si con en el art. 14. c) RSP queda claro cuáles son las empresas que pueden ser objeto de aplicación del supuesto que se está analizando, con la conjunción de éste y del art.

⁵²⁸ Esta es una situación que lleva a entender como clara la preferencia del legislador español de los sistemas de prevención externos sobre los internos.

⁵²⁹ LOPEZ TERRADA, E., *Los servicios de prevención propios*, op. Cit., pp. 78; LUQUE PARRA, M., *La organización de la prevención en la empresa*, op. Cit., pp. 50.

24 RSP, se puede saber quién es el sujeto que se encargará de hacer efectivo tal supuesto. Se trata de la Autoridad Laboral, entendiéndose por tal, el órgano correspondiente de la comunidad autónoma o de la ciudad con Estatuto de Autonomía donde radiquen las instalaciones principales de la empresa. Además, habrá que contar con el informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y, con el de los órganos técnicos en materia preventiva de las Comunidades Autónomas.

La Autoridad Laboral será el órgano competente en esta materia a nivel autonómico⁵³⁰; normalmente, la Dirección General de Empleo de cada comunidad autónoma que, por lo general, dependerá de la Consejería de Educación y Empleo u otra semejante. Ahora bien, en materia de prevención resulta relevante la existencia de órganos técnicos de cada Comunidad Autónoma que son los que harán el estudio y apoyo a la Autoridad Laboral. Las transferencias de estas competencias a las distintas Comunidades Autónomas han provocado la paulatina desaparición de los gabinetes provinciales del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene, siendo sustituidos por los nuevos institutos de carácter autonómico de funciones similares con los que debe establecerse la necesaria coordinación (art. 5.1 LPRL)⁵³¹. Serán en definitiva estos, quienes analicen de forma técnica qué empresas deben constituir un SPP, o quienes puedan acreditar a las auditoras, o controlar la creación y mantenimiento de los servicios de prevención ajenos.

El órgano de la comunidad autónoma, y pese a la competencia del Estado en materia de seguridad y salud laboral, asumirá importantes competencias en la ejecución de la normativa estatal. En este sentido, conviene recordar que la prevención de riesgos laborales constituye un subsector de la legislación laboral, de tal manera que la competencia normativa es exclusiva del Estado en base al art. 149.1.7º CE. El Tribunal Constitucional se manifiesta claramente así en su STC 195/1996 de 28 de noviembre de 1996, reservando a la administración autonómica el papel de ejecución y promoción de la legislación laboral entre que se encuentra la referida a la seguridad y salud laboral⁵³². En el mismo sentido la propia Disposición Adicional Tercera de la LPRL expresa que la legislación de seguridad y salud es legislación laboral dictada al amparo del art. 149.1.7º CE. Sin embargo, no hay que olvidar que la prevención es una materia caracterizada por su transversalidad por lo que pueden regularse cuestiones que afectan a la seguridad y salud en normas de distintos ámbitos. Tal es el caso de la

⁵³⁰ Se puede ver en línea cada una de los órganos competentes en cada una de las Comunidades Autónomas: <http://www.insht.es/portal/site/Insht/menuitem.1f1a3bc79ab34c578c2e8884060961ca/?vgnnextoid=2e4981b37615f310VgnVCM1000008130110aRCRD&vgnnextchannel=971466cd7b25f310VgnVCM1000008130110aRCRD>

⁵³¹ SALA FRANCO, T., *Derecho de la prevención de riesgos laborales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, 8ª ed., pp. 77.

⁵³² MOLINA NAVARRETE, C., *Los nuevos Estatutos de Autonomía y el reparto constitucional de competencias en las materias de empleo, trabajo y protección social*, Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF, núm. 283, 2006.

seguridad industrial o de la Salud en el ámbito de la sanidad; materias ambas sobre las que las comunidades autónomas tienen competencias legislativas⁵³³. Por su parte el art. 11 LPRL establece la necesaria coordinación de la administración laboral con las administraciones sanitarias y de industria en la elaboración de las normas preventivas y control de su cumplimiento, por lo que la implementación de instrumentos de colaboración y coordinación adecuados resultará imprescindible para realizar una política preventiva eficaz⁵³⁴. Por tanto, la autoridad laboral de las comunidades autónomas cuenta con varias competencias en prevención: promoción de la prevención a través de la ejecución de la legislación; competencias administrativas de gestión de la prevención de riesgos laborales; y control administrativo a través del ejercicio de la potestad sancionadora corresponde a los entes autonómicos⁵³⁵.

Concretamente en materia de la organización de la prevención, la Autoridad Laboral interviene para acreditar la creación y mantenimiento de los servicios de prevención ajenos, para acreditar la creación de empresas auditoras, para la determinación y aplicación de los criterios sanitarios de los servicios de prevención y, por ende, debe hacerlo también para establecer los criterios aplicables para que una empresa deba constituir un Servicio de Prevención Propio, en base al art. 14. C) RSP. Se trata por tanto, de una participación notable de la Autoridad Laboral autonómica, que no obstante debe quedar bajo los mecanismos de coordinación establecidos en las leyes (art. 5.1 a) LPRL, art. 28 RSP, y Disposición Transitoria 4ª de la Orden TIN/2504/2010 sobre acreditación de entidades especializadas)⁵³⁶.

⁵³³ MONEREO PÉREZ, J. L., y DIAZ AZNARTE, Mª. T., “Distribución de competencias legislativas y ejecutivas en el Estado Social Autonómico en materia de prevención de riesgos laborales”, en MONEREO PÉREZ, J. L., y RIVAS VALLEJO, P. (Dirs.), *Tratado de Salud*, Navarra, Aranzadi, 2012, Tomo I, pp. 137-145.

⁵³⁴ BLASCO LAHOZ, J. F., y LOPEZ GANDIA, J., “El art. 11 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Coordinación Administrativa”, en MONEREO PEREZ, J. L.; MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M. N., *Comentario a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y sus desarrollos reglamentarios*, Granda, Comares, 2004, pp. 112.

⁵³⁵ Sobre esta cuestión ver MUÑOZ RUIZ, A.B., *El sistema normativo de prevención de riesgos laborales*, Valladolid, Lex Nova, 2009, pp. 235-265. La autora mantiene que se debería establecer un concepto de exclusividad de la competencia estatal más amplio que por un lado, conserve su sentido tradicional respecto de las normas preventivas específicamente laborales, pero que dé cobertura a otras normas con lógica protectora común (normas de seguridad industrial y de sanidad e higiene). Además, entiende que debería establecerse un blindaje a favor de la normativa estatal sobre los bienes objeto de protección de modo que se impida que la ésta pueda ser derogada, modificada o aplicada con menos rigor por parte de las regiones.

⁵³⁶ MARTÍNEZ BARROSO, Mª. R., *El papel de la Autoridad Laboral Autonómica en el proceso de acreditación de las entidades especializadas para la realización de auditorías del Sistema de Prevención de Riesgos Laborales*, en AA.VV., “Los Nuevos Marcos de las Relaciones Laborales en el renovado Estado de las Autonomías”, XXI Congreso nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, celebrado en Barcelona, 2010, pp. 543-561.

C) Variables que intervienen y criterios de la Autoridad Laboral para su aplicación.

Al igual que ocurre con el resto de los supuestos en que la norma establece para organizar la prevención de un modo u otro, para que nazca la obligación del art. 14 c) del RSP es necesario que se den una serie de elementos o variables. La Autoridad Laboral podrá articular este supuesto en función de la peligrosidad de la actividad por un lado, o de la frecuencia o gravedad de la siniestralidad en la empresa, por otro. Pero el parámetro dimensional de la empresa queda tácitamente establecido desde el momento en el que la norma habla de “empresas no incluidas en los apartados anteriores”⁵³⁷. En caso de superar los umbrales establecidos, no se estará en el supuesto de hecho previsto por este precepto. Otra de las apreciaciones que hay que tener en cuenta es que son variables independientes, es decir, que podría darse una u otra, y no necesariamente la conjunción de ambas para que la Autoridad Laboral decida acudir a este supuesto que le habilita para crear el deber o la obligatoriedad, aun formulada de forma optativa, para la empresa⁵³⁸.

a) El criterio de la peligrosidad derivado del tercer supuesto de obligatoriedad de SPP

En relación con la peligrosidad de la actividad, primer criterio que recoge el art. 14 c) del RSP, no se puede afirmar que se identifique estrictamente sólo con las actividades peligrosas del Anexo I del RSP⁵³⁹, ya que, si así lo hubiese querido el legislador, lo hubiera mencionado, igual que ocurre en otros preceptos que hacen referencia expresa a este listado⁵⁴⁰. Por lo tanto, hay que pensar que se trata de las actividades peligrosas que están en el Anexo I pero también otras que la Autoridad Laboral pueda considerar

⁵³⁷ MERCADER UGUINA, J. R., *El Reglamento de los Servicios de Prevención: crónica de una norma largamente esperada*, Relaciones Laborales, núm. 1, 1997, pp. 1132. El autor considera que la omisión al criterio dimensional ocasiona “dudas sobre su imposición a empresas que, hallándose por debajo de los umbrales establecidos reglamentariamente, vengan exigidas a ello por la autoridad laboral, cual sería el caso de las empresas de menos de 250 trabajadores que posean tal situación”.

⁵³⁸ GARRIGUES GIMENEZ, A., *La organización de la prevención en la empresa*, Valencia, Publicaciones de la Universidad Jaume I, Colecció Estudis Jurídics, 1997, pp. 331-332 y 386. La autora considera que en función de la plantilla en unos casos deberá apreciarse la concurrencia de una y otra circunstancias, mientras que en otros, deberá únicamente valorarse el concurso de una de ellas.

⁵³⁹ BLASCO MAYOR, A., *Significado y aplicación del Anexo I del Reglamento de los Servicios de Prevención*, op. Cit., pp. 53-54. El autor mantiene que el Anexo I solo se debe aplicar en los casos en los que este expresamente previsto y no en aquellos donde se hacen referencias genéricas a actividades peligrosas.

⁵⁴⁰ No parece desprenderse esta interpretación del análisis realizado por GARRIGUES GIMENEZ, A., *La organización de la prevención en la empresa*, op. Cit., pp. 331. La autora quiere identificar la variable peligrosidad de la actividad con parte del ámbito subjetivo de la norma, concretamente con empresas de menos de 250 trabajadores, haciendo referencia a las actividades reguladas en el Anexo I. Ver a estos efectos las citas 59 y 60.

igualmente peligrosas, aunque no estén en el listado⁵⁴¹. El problema, como ocurrirá con la siniestralidad, es la inexistencia de una concreta definición de qué son actividades peligrosas dejando así un amplio margen discrecional a la Autoridad Laboral para determinar cuándo se está ante este tipo de actividades. Sería conveniente a efectos de seguridad jurídica, tener alguna indicación normativa para apreciar cuáles son los casos en se está ante actividades peligrosas, o actividades con riesgos especiales⁵⁴². En todo caso, y como solución interpretativa, se pueden considerar trabajos de especial peligrosidad o con riesgos especiales, aquellos en los que el trabajador está sometido a un riesgo capaz de causarle lesiones muy graves, o incluso la muerte, y en los que, para mantener las condiciones de seguridad, es determinante el cumplimiento de la obligación genérica de seguridad y salud en el trabajo en cuanto a su contenido dinámico y adaptativo⁵⁴³.

Hay varios preceptos en la normativa de prevención que hacen alusiones a los trabajos peligrosos, actividades peligrosas o con riesgos especiales, además de las ya reguladas en el Anexo I del RSP. En primer lugar, el art. 32 bis del RSP que regula la presencia de los recursos preventivos en los centros de trabajos, y que establece un listado de situaciones de especial complejidad y actividades peligrosas, que la Autoridad Laboral podrá considerar a los efectos de establecer esas actividades peligrosas o con riesgos especiales⁵⁴⁴. En segundo lugar, lo establecido en la Disposición Adicional Duodécima

⁵⁴¹ GONZALEZ ORTEGA, S. (Coord.), *Comentarios al Reglamento de Servicios de Prevención*, op. Cit., pp. 121; MORENO MÁRQUEZ A., *Los servicios de prevención*, op. Cit., pp. 32. Estos autores dejan entrever esta opción al hilo de su explicación.

⁵⁴² Como establece la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social (RD Legislativo 5/2000, de 4 de agosto)

⁵⁴³ A nivel empresa, resulta más fácil identificar las actividades peligrosas o con riesgos especiales ya que en la evaluación deben estar detectadas las tareas en las que existen estos trabajos de especial peligrosidad, al mismo tiempo que se determinarán las medidas apropiadas para que estos trabajos se realicen en condiciones de seguridad, sólo por trabajadores autorizados y formados para ello, y bajo unas condiciones de vigilancia adecuadas (del empresario o personas en quien éste delegue).

⁵⁴⁴ Art. 22 bis del RSP: 1.(...) la presencia en el centro de trabajo de los recursos preventivos, (...), será necesaria en los siguientes casos: a) Cuando los riesgos puedan verse agravados o modificados, en el desarrollo del proceso o la actividad, por la concurrencia de operaciones diversas que se desarrollan sucesiva o simultáneamente y que hagan preciso el control de la correcta aplicación de los métodos de trabajo; b) Cuando se realicen las siguientes actividades o procesos peligrosos o con riesgos especiales: 1.º Trabajos con riesgos especialmente graves de caída desde altura, por las particulares características de la actividad desarrollada, los procedimientos aplicados, o el entorno del puesto de trabajo; 2.º Trabajos con riesgo de sepultamiento o hundimiento; 3.º Actividades en las que se utilicen máquinas que carezcan de declaración CE de conformidad por ser su fecha de comercialización anterior a la exigencia de tal declaración con carácter obligatorio, que sean del mismo tipo que aquellas para las que la normativa sobre comercialización de máquinas requiere la intervención de un organismo notificado en el procedimiento de certificación, cuando la protección del trabajador no esté suficientemente garantizada no obstante haberse adoptado las medidas reglamentarias de aplicación; 4.º Trabajos en espacios confinados. A estos efectos, se entiende por espacio confinado el recinto con aberturas limitadas de entrada y salida y ventilación natural desfavorable, en el que pueden acumularse

sobre actividades peligrosas a efectos del RD 5/2000, sobre infracciones y sanciones del orden social (LISOS). En tercer lugar, el Anexo II del RD 1627/1997, de 24 de octubre, en el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción⁵⁴⁵, que establece una lista no exhaustiva de los trabajos que implican riesgos especiales. En cuarto lugar, el RD 486/1997, de 14 de abril, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en los lugares de trabajo, en cuyo Anexo VI se establece una previsión muy interesante sobre otra competencia de la Autoridad Laboral en relación con la determinación de las actividades peligrosas para establecer la obligación de disponer de un local destinado a los primeros auxilios en las empresas que tengan más de 25 trabajadores. Por último, el RD 298/2009, de 16 de marzo, que establece medidas para promover la mejora de la seguridad y salud de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia, cuyo nuevos Anexos VII y VIII se incorporan al RSP, y que recogen unos listados abiertos de agentes, procedimientos y condiciones de trabajo que, o bien pueden influir negativamente en la trabajadora o en el feto, o bien establece una prohibición de exposición a los mismos de esas trabajadoras embarazadas o en periodo de lactancia⁵⁴⁶; en estos casos, además, la Autoridad Laboral podría tener en cuenta si la empresa pertenece a sectores feminizados o si cuenta con un número tal del trabajadoras expuestas a estos riesgos que pudieran obligar a tener una especial consideración de la organización de la prevención.

Si bien es cierto que en muchos de estos listados se recogen actividades o trabajos que ya menciona el Anexo I del RSP, no es menos cierto que hay referencias a otras actividades o formas de trabajo que el legislador considera actividades con riesgos especiales. Se puede mencionar el apartado 4 y 10 del Anexo II del RD 1627/1997, que recoge como trabajos con riesgos especiales los que se realizan en proximidad de

contaminantes tóxicos o inflamables o puede haber una atmósfera deficiente en oxígeno, y que no está concebido para su ocupación continuada por los trabajadores; 5.º Trabajos con riesgo de ahogamiento por inmersión, salvo lo dispuesto en el apartado 8.a) de este artículo, referido a los trabajos en inmersión con equipo subacuático (...).

⁵⁴⁵ En el Anexo II se recoge la lista no exhaustiva: 1. Trabajos con riesgos especialmente graves de sepultamiento, hundimiento o caída de altura, por las particulares características de la actividad desarrollada, los procedimientos aplicados, o el entorno del puesto de trabajo; 2. Trabajos en los que la exposición a agentes químicos o biológicos suponga un riesgo de especial gravedad, o para los que la vigilancia específica de la salud de los trabajadores sea legalmente exigible; 3. Trabajos con exposición a radiaciones ionizantes para los que la normativa específica obliga a la delimitación de zonas controladas o vigiladas; 4. Trabajos en la proximidad de líneas eléctricas de alta tensión; 5. Trabajos que expongan a riesgo de ahogamiento por inmersión; 6. Obras de excavación de túneles, pozos y otros trabajos que supongan movimientos de tierra subterráneos; 7. Trabajos realizados en inmersión con equipo subacuático; 8. Trabajos realizados en cajones de aire comprimido; 9. Trabajos que impliquen el uso de explosivos; 10. Trabajos que requieran montar o desmontar elementos prefabricados pesados.

⁵⁴⁶ MORENO SOLANA, A., *La prevención de riesgos laborales de los trabajadores especialmente sensibles*, Valencia, Tirant lo blanch, 2010.

líneas eléctricas o los trabajos que requieren montar y desmontar elementos prefabricados pesados; o el art. 32 bis del RSP que establece, por un lado, la necesaria presencia del recurso preventivo, entre otras, en las actividades en las que se utilicen máquinas que carezcan de declaración o marcado CE por ser su fecha de comercialización anterior a la exigencia de tal declaración cuando la protección del trabajador no está suficientemente garantizada, y por otro, aquellos trabajos o actividades cuyos riesgos se vean agravados como consecuencia de la concurrencia de operaciones diversas que se desarrollan sucesiva o simultáneamente. En relación con éste último aspecto, la Disposición Adicional duodécima del RSP añade un plus a las actividades peligrosas del Anexo I al considerar infracciones muy graves la falta de medidas cuando hay una especial dificultad para controlar las interacciones de las diferentes actividades desarrolladas, cuando hay una especial dificultad para evitar que se desarrollen en el centro de trabajo actividades incompatibles, o cuando hay una especial complejidad para la coordinación como consecuencia del número de trabajadores y empresas concurrentes. No se trata de entender que cualquier actividad empresarial que tenga que coordinarse en el sentido establecido en el art. 24 LPRL y en RD 171/2004 haya de considerarse especialmente peligrosa, sino sólo en aquellos supuestos en los que los riesgos puedan verse agravados o modificados por la concurrencia.

A falta de normas que regulen esta cuestión, la peligrosidad de la actividad a la que hace referencia el art. 14 c) del RSP se configura como un concepto jurídico indeterminado cuyos contornos deberían ser regulados con la finalidad de no dejar a la Autoridad Laboral un margen de decisión tan amplio. En este sentido y teniendo en cuenta todo lo mencionado anteriormente, resulta muy interesante la definición que hace la ITSS en el Criterio núm. 83/2010 sobre la presencia de recurso preventivo en las empresas, centros y lugares de trabajo, de riesgo de especial gravedad al tratar el tema de los trabajos con riesgos especialmente graves de caídas en altura. Así serán riesgos de especial gravedad aquellos que, tras la aplicación de los principios de prevención, el riesgo continúa siendo de esa especial gravedad, lo que hace necesario adoptar medidas preventivas adicionales para evitar o minimizar la posibilidad de que el trabajador sufra un daño. Por ello, en aquellos trabajos en los que, tras haber aplicado de forma coherente y responsable los principios de prevención, si por el tipo de actividad desarrollada, por los procedimientos de trabajo aplicados, o por el entorno del puesto de trabajo, el riesgo continúe siendo de especial gravedad, de modo que haga necesario adoptar medidas preventivas adicionales, para evitar o reducir la posibilidad de que los trabajadores sufran un daño grave.

b) El criterio de la frecuencia y gravedad de la siniestralidad

El segundo criterio a manejar por la Autoridad Laboral se refiere a la siniestralidad de la empresa en sus dos variantes: la frecuencia y la gravedad. La siniestralidad es el concepto con el que se hace referencia tanto a los accidentes de trabajo como a las enfermedades profesionales que se producen en un periodo de tiempo concreto y un lugar determinado (empresa, sector, provincia, comunidad autónoma, a nivel nacional...). La siniestralidad se mide a través de una serie de índices estadísticos que permiten expresar en cifras las características de la accidentabilidad de una empresa o de las secciones o partes de la misma. Se trata de los índices de frecuencia, gravedad, incidencia y duración media que pueden aportar valores útiles a nivel comparativo, que se pueden utilizar por la Autoridad Laboral.

El índice de frecuencia representa el número de accidentes con baja acaecidos durante la jornada de trabajo por cada millón de horas trabajadas por los trabajadores expuestos al riesgo⁵⁴⁷. Mientras que el índice de gravedad representa el número de horas perdidas a consecuencia de los accidentes de trabajo o enfermedades profesionales ocurridas en un determinado número de horas trabajadas por un colectivo de trabajadores. Si el índice de frecuencia representa la accidentabilidad sin tener en cuenta la gravedad de las lesiones, el índice de gravedad intenta hacer una valoración general de ésta⁵⁴⁸. El índice de gravedad representa el número de accidentes ocurridos en un periodo de tiempo y el número promedio de personas expuestas al riesgo considerado, utilizándose como referente el periodo de tiempo de un año. Este índice es utilizado cuando no se dispone de información sobre las horas trabajadas, y cuando el número de personas expuestas al riesgo es variable de un día a otro. A nivel de empresa es preferible el empleo del índice de frecuencia pues aporta una información más precisa. Por último el índice de duración media se utiliza para cuantificar el tiempo medio de duración de la baja por accidentes⁵⁴⁹.

⁵⁴⁷ No se incluyen los accidentes de trabajo *in itinere*; deben computarse as horas reales de trabajo; se recomienda calcular este índice por cada una de las secciones o ámbitos de trabajo homogéneos para obtener unos resultados acordes a la realidad; a nivel empresa interesa ampliar el seguimiento a los accidentes de trabajo tanto con baja como sin ella, evaluando así el índice de frecuencia global y por secciones. INSHT., *Nota Técnica de Prevención sobre Estadísticas de accidentabilidad en la empresa*, núm., 1, en

línea: http://www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Documentacion/FichasTecnicas/NTP/Ficheros/001a100/ntp_001.pdf

⁵⁴⁸ En las jornadas perdidas deben contabilizarse exclusivamente los días laborales; las jornadas o días de trabajo perdidos se determinan como la suma de las jornadas laborales perdidas correspondientes a incapacidades temporales o incapacidades permanentes.

⁵⁴⁹ INSHT., *Nota Técnica de Prevención sobre Estadísticas de accidentabilidad en la empresa*, núm., 1, en

línea: http://www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Documentacion/FichasTecnicas/NTP/Ficheros/001a100/ntp_001.pdf

Por otro lado, hay que traer a colación los índices de siniestralidad que ha establecido el RD 404/2010, de 31 de marzo, por el que se regula el establecimiento de un sistema de reducción de las cotizaciones por contingencias profesionales a las empresas que hayan contribuido especialmente a la disminución y prevención de la siniestralidad laboral. Esta norma establece otras fórmulas para medir la siniestralidad haciéndolo en función de los importes de las prestaciones, de las cuotas totales por contingencias profesionales y del número total de partes de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. No hay que olvidar que, en este caso, de lo que se trata es de valorar la siniestralidad en función del coste que ella supone para la Seguridad Social a efectos de incentivar a aquellas empresas que reducen o previenen la misma.

Otros datos que resultan de interés se encuentran en la Orden TAS/3623/2006 de 28 de noviembre, por la que se regulan las actividades preventivas en el ámbito de la Seguridad Social y la financiación de la Fundación para la prevención de riesgos laborales, cuyo art. 2.2 viene a establecer que las Mutuas orientarán sus actuaciones preventivas a las empresas y sectores con mayores indicadores de siniestralidad. En el desarrollo de esta norma y para concretar cuáles son las empresas y sectores con mayores indicadores de siniestralidad, que es lo que aquí interesa, se han desarrollado anualmente unos criterios y planes de actuación. Atendiendo al último disponible por Resolución de 13 de mayo de 2013, se recoge un Anexo de las actividades y sectores con mayor número de accidentes de trabajo graves y mortales producidos en el año 2012, así como un listado de las enfermedades profesionales causadas por agentes y en sectores de actividades en los que en 2012 se superaron los límites de siniestralidad establecidos en el sistema de alerta CEPROSS. Para las empresas que estén dentro de su ámbito de actuación y que superen estos índices de accidentabilidad o que hayan sufrido algunas de las enfermedades profesionales, la Mutuas prevén una serie de acciones a desarrollar durante ese año. Pues bien, en lo que aquí interesa, y ante la falta de normativa específica, la Autoridad Laboral también podría tener en cuenta los datos que anualmente ofrecen estas Resoluciones para entender que concurre el presupuesto de la siniestralidad, necesario para obligar a las empresas a tener un SPP, o al menos, podrán utilizarlo como referencia cuando lleven a cabo las inspecciones o controles correspondientes.

Dada la falta de concreción, se puede entender que, cuando la Autoridad Laboral utiliza el parámetro de la siniestralidad, debiera basarse en los índices de frecuencia y gravedad que precisamente miden estas variables. Además, debería analizar estos índices tanto a nivel de las empresas como de los sectores de actividad a los que pertenecen para tener un término de comparación⁵⁵⁰. No obstante, existen otra serie de

⁵⁵⁰ Instrucción de la Subdirección General de Asistencia Técnica de 25 de abril de 1997 por la que se establecen los criterios interpretativos de actuación inspectora sobre los servicios de prevención. En ella, se indica que la evolución de la siniestralidad se comparará con otras empresas del mismo sector o tamaño.

cuestiones que quedarían sin resolver, como por ejemplo, la evolución de la siniestralidad, para lo que ya no hay un criterio claro de medición y que sin embargo, la Autoridad Laboral puede tener en cuenta; o precisar los datos que sirvan de referente para determinar si los índices son o no elevados a estos efectos⁵⁵¹; o adaptar el tiempo en el que se deberá valorar la intensidad de la producción de esos accidentes y enfermedades⁵⁵². Son necesarias por tanto, unas referencias concretas que permitieran a la Administración tomar la decisión más oportuna y objetiva, teniendo además la certeza de que ésta será la misma en cualquier lugar y en cualquier momento. A estos efectos, la opción del primer borrador de RSP (que posteriormente fue desechada) en la que estaban obligadas a tener un SPP “las empresas que hubieran sufrido en su plantilla accidentes de trabajo o enfermedades profesional en número superior a un veinte por cien de la misma en promedio anual durante los tres años anteriores a la entrada en vigor de la LPRL”, eliminaba la discrecionalidad de la Autoridad Laboral, estableciendo un criterio normativo más objetivo y claro.

En cualquier caso, y ante tal imprecisión, quedan sin determinar con exactitud los datos que van a fundamentar la decisión de la Administración. Además, resulta bastante criticable que, dados los bienes jurídicos protegidos, exista un supuesto en el que nazca la obligación de crear un servicio de prevención propio cuando hay una evidencia objetiva y consumada del daño causado, supuesto que se produce cuando la Autoridad Laboral lo decide en función del segundo parámetro: la frecuencia o gravedad de la siniestralidad en la empresa. Puede ser necesaria una regulación en la que la administración disponga de criterios para hacer nacer una obligación de organización preventiva para el empresario, pero sin necesidad de haber tenido que recurrir a la siniestralidad con elemento a tener a cuenta⁵⁵³. Utilizar el elemento siniestralidad lleva a la situación de imponer la obligación de organización de la prevención mediante un servicio de prevención propio (o el concierto de uno ajeno) cuando se han producido previamente accidentes de trabajo o enfermedades profesionales en la empresa, lo que sin duda, no cumple con las previsiones, esencialmente preventivas y de evitación del riesgo y del daño, de las normas de

⁵⁵¹MORENO MÁRQUEZ, A., *Los servicios de prevención*, op. Cit., pp. 33-34.

⁵⁵² Los índices de siniestralidad establecen el cálculo en función de los accidentes de trabajo o enfermedades profesionales producidos en un año. Quizá sea esta la referencia temporal adecuada pese a que encontramos otros tramos temporales, por ejemplo en la Orden de 22 de abril de 1997 (aunque derogada) que regulaba el régimen de funcionamiento de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, establecía en su art. 6.1 que serán empresas de actuación prioritaria aquéllas cuyo índice de incidencia medio durante los 3 años anteriores supere un 30% de su correspondiente sector. También puede ser interesante, atender a los periodos de observación establecidos para los incentivos a empresas que contribuyan a la disminución y prevención de la siniestralidad regulado en el reciente art. 6 del RD 404/2010, de 31 de marzo, y que recoge un periodo máximo de observación de cuatro ejercicios.

⁵⁵³ GARRIGUES GIMENEZ, A., *La organización de la prevención en la empresa*, op. Cit., pp. 331. Se recoge esta opinión en la cita 61, donde hace una crítica importante al legislador.

prevención de riesgos laborales y con la genérica obligación de seguridad y salud en el trabajo del empresario.

c) Procedimiento de aplicación del art. 14 c) RSP y cuestiones que surgen a lo largo del mismo

En relación con los temas estrictamente de forma o procedimiento, y siendo la Autoridad Laboral el sujeto habilitado, hay que acudir al procedimiento administrativo regulado en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC). En cuanto al inicio del procedimiento, se trata de un supuesto en el que lo lógico sería que fuese la propia Autoridad Laboral o la ITSS quienes, a la vista de los resultados y de los datos obtenidos de las empresas que forman parte de su ámbito territorial, decidieran dar comienzo a tal procedimiento. No obstante, al no decirse nada sobre quien promueve o solicita dicha actuación hay que admitir que cualquier interesado puede acudir a la Autoridad Laboral para instarla a que inicie el procedimiento ya que, según el art. 69 LRJPAC los procedimientos pueden iniciarse de oficio o a instancia del interesado.

En cuanto a quien podría ser interesado, el art. 30 LRJPAC establece que son aquellos que promueven el procedimiento como titulares de derecho o intereses legítimos individuales o colectivos, así como aquellos que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte, así como aquellos cuyo interés legítimo pueda verse afectado por la resolución. Por tanto, en la materia que se está tratando, interesados para iniciar el procedimiento lo serán los propios trabajadores así como los representantes de los mismos. En este sentido, habría que determinar qué representantes son los que estarían legitimados a estos efectos. Teniendo en cuenta el art. 34.2 LPRL, los comités de empresa, los delegados de personal y los representantes sindicales se encargarán de la defensa de los intereses de los trabajadores en materia de prevención de riesgos en el trabajo. Para ello, los representantes del personal ejercerán las competencias que les otorgan las normas en materia de información, consulta y negociación, vigilancia y control y ejercicio de acciones ante las empresas y los órganos y tribunales competentes. Para ver la competencia de cada uno de ellos hay que acudir a las normas que las regulan: el ET, y la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical (LOLS). En este sentido y según el art. 6.3 a) de la LOLS las organizaciones que tengan la consideración de sindicato más representativo ostentan la representación institucional ante las Administraciones públicas u otras entidades y organismos de carácter estatal o de Comunidad Autónoma que la tenga prevista. Por su parte, el art. 65.1 ET reconoce al comité de empresa capacidad para ejercer acciones administrativas o judiciales en todo lo relativo al ámbito de sus competencias, por

decisión mayoritaria de sus miembros. Más problema puede plantear si tienen la misma consideración de interesados los delegados de prevención o el comité de seguridad y salud de la empresa. En el caso resuelto por la STSJ Galicia de 18 de julio de 2002 (R°. 3395/2002, sala de lo social) se plantea si los delegados de prevención están legitimados para demandar en conflicto colectivo⁵⁵⁴. La respuesta es negativa pues la LPRL no atribuye a los delegados de prevención integrantes del Comité de Seguridad y Salud ni tampoco a este último órgano, la facultad de promover conflictos colectivos, lo que está en consonancia con el origen y procedencia del propio órgano de representación especializado en materia de prevención⁵⁵⁵. Así pues, podría considerarse que tampoco se le han otorgado competencias para promover un procedimiento ante la administración ya que carecerían del derecho de representación.

También debe considerarse interesado, una vez que se da comienzo al procedimiento, el empresario. En este sentido, hay que tener en cuenta la existencia de un trámite de instrucción (art. 79 LRJPAC) en el que se permite la presentación de alegaciones. Los interesados podrán, en cualquier momento del procedimiento, anterior al trámite de audiencia, aducir las alegaciones que consideren convenientes, así como aportar la documentación que estimen necesaria, teniendo además, posteriormente, derecho al trámite de audiencia (art. 84 LRJPAC). El procedimiento finaliza con la resolución correspondiente en la que se determine si procede o no que la empresa deba tener un SPP. Frente a la resolución caben los correspondientes recursos (art. 107 y ss. LRJPAC), pero sin olvidar que el empresario debe ejecutar el acto, es decir, que deberá constituir el SPP o acudir a los servicios de uno ajeno. No obstante, la propia norma prevé que se puede suspender la ejecución del acto cuando la misma pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación, cuestión ésta, que pudiera ser apreciable por la Autoridad Laboral que considerase que, el hecho de que el empresario tenga que crear un SPP, supone cargar con una serie de gastos que, de darle la razón el recurso, serían de muy difícil recuperación (art. 111 LRJPAC)⁵⁵⁶.

En relación con las cuestiones que surgen al hilo del procedimiento, hay que traer a colación, en primer lugar, los informes de la ITSS y de los órganos técnicos de las CCAA, en relación con su obligatoriedad y sus posibles efectos vinculatorios para la autoridad laboral. En segundo lugar, el plazo que da la Autoridad laboral para la

⁵⁵⁴ El Tribunal niega la legitimación a delegados de prevención en base a que no podían ser calificados como representantes legales a los efectos del artículo 154 LRJS (334), justificando dicha negativa en que la Ley establece una determinación taxativa de los sujetos legitimados, que no hace posible una interpretación extensiva, al ser la legitimación *ad processum* una cuestión de orden público procesal.

⁵⁵⁵ CÁMARA BOTÍA, A., y GONZÁLEZ DIAZ, F. A., *Derechos de participación y representación en materia de seguridad y salud laborales: un estudio sobre su aplicación*, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, núm. 53, 2004, pp. 229-230. ROMERAL HERNÁNDEZ, J., *El delegado de prevención*, Valladolid, Lex Nova, 2008, pp. 294.

⁵⁵⁶ MORENO MÁRQUEZ A., *Los servicios de prevención*, op. Cit., pp. 35.

constitución del SPP y la actuación de la empresa durante ese tiempo en materia de organización de la prevención. Y por último, la posibilidad o no de cambio de la modalidad elegida en un momento posterior a la toma de la decisión.

Por lo que se refiere los informes, hay que diferenciar claramente los de la ITSS de aquellos procedentes de los órganos técnicos de las Comunidades Autónomas (que son, por lo general, los institutos autonómicos a los que ya se ha hecho referencia). Los informes de la Inspección incorporan las declaraciones de conocimiento y juicio de los Inspectores de Trabajo. Se trata de un acto administrativo de trámite⁵⁵⁷ por lo que nunca con este informe se dispondrá de la resolución final del procedimiento administrativo. La seguridad e higiene es una materia que propicia la intervención de la ITSS, por cuanto esta es un órgano especializado con conocimiento sobre la realidad fáctica. Así pues. Para un supuesto como el que aquí se analiza, los Informes tendrán el carácter de preceptivos, lo que significa que éste órgano siempre deberá informar a la Autoridad Laboral sobre la necesidad de que una determinada empresa deba tener un servicio de prevención ante la peligrosidad de sus actividades o la frecuencia o gravedad de los accidentes de trabajo o enfermedades profesionales⁵⁵⁸. Esto no implica que la Autoridad Laboral tenga que seguir las indicaciones de la ITSS, porque no se trata de un informe vinculante, ya que sólo implica que hay que proceder a la solicitud del mismo en el marco de ese procedimiento. Por lo que se refiere al informe que se puede solicitar a los órganos técnicos de las Comunidades Autónomas, que en este caso no son preceptivos, ni obviamente vinculantes, sí que pueden resultar sin embargo convenientes, ya que se está ante una materia ciertamente específica que implica la necesidad de unos conocimientos técnicos que, no siempre y necesariamente, debe o puede tener la Autoridad Laboral o la ITSS.

En segundo lugar, y por lo que respecta al plazo que tiene la empresa para constituir el SPP, el propio RSP en su art 14 c), pero esta vez en el segundo párrafo, establece que el plazo será el fijado por la propia Autoridad Laboral y lo hará en función de las circunstancias existentes en cada caso. Ahora bien, la propia norma limita a la Autoridad Laboral cuando fija en todo caso un plazo no superior a 1 año. La norma también hace una previsión a modo de “medidas provisionales” y establece la obligación que nace para la empresa, en estos casos, de acudir a un servicio externo hasta la constitución completa del SPP; que deberá tener lugar, en última instancia, en la fecha señalada por la resolución administrativa.

Ciertos problemas interpretativos plantea la afirmación que realiza el legislador cuando dice que: “...las actividades en la empresa deberán ser concertadas con una

⁵⁵⁷ GARCIA DE ENTERRÍA, E. y FERNANDEZ RODRIGUEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo I*, Navarra, Aranzadi, 17ª. Ed. 2015, pp. 573.

⁵⁵⁸ DIAZ RODRIGUEZ, J. M., *La actuación de la Inspección de Trabajo*, Navarra, Lex Nova-Thomson Reuters, 2013, pp. 129-130.

entidad especializada ajena a la empresa, salvo aquellas que vayan siendo asumidas progresivamente por la empresa mediante la designación de trabajadores, hasta su plena integración en el servicio de prevención que se constituya". Esta es una frase, que se ha utilizado por la doctrina, como ya se advirtió antes, para concluir la imposible compatibilidad entre la modalidad de trabajadores designados y la de SPP⁵⁵⁹. Sin embargo, partiendo por el contrario de esa compatibilidad, como se ha hecho páginas atrás, hay que interpretar que el legislador no se está refiriendo a la modalidad de trabajadores designados estrictamente, sino al hecho de que, una vez que la empresa va asumiendo con sus propios recursos, la prevención de riesgos laborales, puede ir eliminado del servicio de prevención ajeno esas competencias hasta que finalmente se configure el SPP en conjunto. Otra interpretación no es muy coherente con la posible práctica de las empresas, es decir, no sería lógico que, ante una intervención de la Autoridad Laboral, primero la empresa designase trabajadores (puesto que habla, en futuro, de aquéllas que vayan siendo asumidas progresivamente por la empresa, y no de aquéllas, en pasado, que ya tuvieran los trabajadores designados en la empresa), para que después, se crease el SPP y éstos se integraran, finalmente, en esta última modalidad organizativa. En definitiva, se trata de una implantación gradual de un SPP inicialmente embrionario, que coexiste con un SPA, y que en todo momento está compensando con su presencia para que la organización de la prevención sea adecuada⁵⁶⁰. Cuestión diferente será que la empresa, ante la decisión de la Autoridad Laboral, opte directamente por acudir a un servicio de prevención ajeno, en cuyo caso, no se establece plazo alguno ya que se aplica la regla de la inmediatez en la ejecución del acto administrativo (art. 94 LRJPAC).

En tercer y último lugar, se ha planteado si una vez tomada la decisión de la constitución de un SPP o la concertación de un SPA, se podría cambiar dicha opción⁵⁶¹. La existencia del régimen transitorio de un año inclina la balanza a pensar que su razón de ser es el hecho de que una vez ejercitada la opción no cabe modificarla unilateralmente por la empresa⁵⁶². Sin embargo, un derecho de opción como éste no puede estar sometido a ningún condicionamiento que ni siquiera la Ley ha impuesto, lo que supone que, si la empresa quiere cambiar su opción, debe bastar con una simple comunicación a la Autoridad Laboral, sin que sea necesaria ni siquiera su expresa autorización, como tampoco lo es en el primer momento en el que la empresa tiene que decidir si constituir un SPP o acudir a un SPA.

⁵⁵⁹ GONZALEZ ORTEGA, S. (Coord.), *Comentarios al Reglamento de Servicios de Prevención*, op. Cit., pp. 124

⁵⁶⁰ DIAZ MOLINER, R., *Derecho de prevención de riesgos laborales*, vol. II, op. Cit., pp. 97.

⁵⁶¹ SEMPERE NAVARRO, A.V. y CARDENAL CARRO, M., *Trasposición de la Directiva Marco de Seguridad Laboral en diferentes países de Europa*, op. Cit., pp. 95.

⁵⁶² LOPEZ TERRADA, E., *Los servicios de prevención propios*, op. Cit., pp. 78

En todo caso, hay que subrayar que se trata de una norma que, o bien no se ha aplicado nunca, o bien, siendo precavidos, se ha podido aplicar en muy raras ocasiones. Lo que lleva necesariamente a plantearse la razón o razones por las que esto ha ocurrido, y una posible solución o propuesta de cambio. Una razón clara es la tendencia generalizada de las empresas por el concierto con un servicio de prevención ajeno⁵⁶³. Esta preferencia de las empresas, unida al hecho de que el art. 14 c) RSP ofrece un derecho de opción entre el SPP y el SPA, llevan a comprender, no sólo que se utilice el SPA como modalidad preferente, sino el hecho de que ni siquiera se llegue a producir la intervención de la Autoridad Laboral. Además, se puede encontrar otra razón para el inexistente uso del criterio 14 c) RSP, y es que la Autoridad Laboral no cuenta con criterios e índices claros para poder decidir con seguridad jurídica cuándo obligar a una empresa a que tenga un SPP. Por eso, quizá hubiera sido conveniente objetivar las situaciones de peligrosidad y de gravedad y frecuencia de la siniestralidad, en aras a una aplicación correcta. Así las cosas, se podría concluir que el art. 14 c) RSP, dada su falta de aplicación, es innecesario, o más bien, que, ante los diferentes vacíos que se presentan en esta materia, es necesaria una reformulación completa del mismo.

2.2. Recursos humanos y materiales necesarios para la correcta constitución y funcionamiento de un Servicio de Prevención Propio.

2.2.1. La suficiencia y adecuación de los recursos aplicados a los Servicios de Prevención Propios.

La suficiencia y adecuación como partes del modelo de organización preventiva establecido por las normas de seguridad y salud tiene que concurrir necesariamente en cada una de las fórmulas organizativas que son parte de ese modelo. Así pues, en cualquiera de los tipos de organización interna de la prevención deben darse estas notas, ya que de otra forma, el empresario no estaría cumpliendo con la obligación de organización establecida en la LPRL, y por tanto, con la obligación general de seguridad y salud. Suficiencia y adecuación son dos conceptos jurídicos indeterminados que admiten un contenido variable en función de las circunstancias. Recordando lo que ya se estableció en el primer Capítulo, la suficiencia utilizada en las normas de prevención como concepto jurídico indeterminado tiene que analizarse en relación con el caso concreto dentro del ámbito en el que se hace referencia, debiendo definirse de acuerdo con los criterios que la prevención ha determinado como valorables para esa suficiencia y siempre teniendo presente el fin que se quiere tutelar, en este caso, el cumplimiento de la obligación del empresario de organizar la

⁵⁶³ Esta tendencia por la externalización se manifiesta en varios preceptos: en el propio art. 14.c) RSP al dar el derecho de opción entre el SPP y el SPA; y en el artículo 15.4 RSP al permitir que aquellas actividades que no sean asumidas por el SPP se concierten con uno ajeno.

prevención para proteger la seguridad y salud de los trabajadores así como los principios que configuran la acción preventiva (art. 15 LPRL).

El art. 31.4 LPRL, como ya se ha referido en los anteriores análisis, establece tres criterios que permiten valorar la suficiencia y adecuación de la modalidad preventiva: el tamaño de la empresa, los riesgos a los que puedan encontrarse expuestos los trabajadores y la distribución de los mismos. Estos criterios, aplicados a la fórmula del SPP tienen dos consecuencias importantes. La primera, que el tamaño de la empresa y la peligrosidad de la actividad no sólo se configuran como criterios de suficiencia, sino que además, y de manera principal, son los criterios que determinan la obligatoriedad o no de su constitución. La segunda, que son, a su vez, criterios determinantes de otros factores que también han de valorarse para determinar que la modalidad preventiva es adecuada al fin para la que se configuró. Estos otros factores son la distribución de los riesgos en la empresa, que no se usa como determinante de la obligación de una u otra fórmula; la formación, especialidad, dedicación y el número de componentes del servicio; el interdisciplinariedad; y los recursos materiales y técnicos para el desarrollo de las actividades preventivas. Parece lógico que no sea el mismo número de componentes el que deba tener un SPP cuando la empresa tenga 500 trabajadores, que cuando una empresa tenga, por poner un ejemplo, 3000 trabajadores. Igualmente no es lo mismo que la empresa se dedique a actividad peligrosas o a actividades que entrañen ciertos riesgos específicos, para los cuales la formación y la especialidad de los miembros del SPP, y los medios materiales deberán ser los apropiados a estos efectos; y no podrá tener la misma configuración un SPP que desarrolle su actividad en empresas unicelulares o con centro próximos, que empresas que tengan centros de trabajo distantes.

2.2.2. Criterios para determinar la suficiencia y adecuación de los SPP.

Aunque el tamaño de la empresa y los riesgos a los que están expuesto los trabajadores, van a ser variables que dan contenido a estas exigencias normativas, es necesario extraer algunos otros criterios que también van a ser tenidos en cuenta para que el SPP pueda considerarse una modalidad suficiente y adecuada a la finalidad que la LPRL pretende. Para esta concreta modalidad, y a diferencia de lo que ocurre con el SPA donde la regulación es concreta, el margen de interpretación es bastante amplio, por lo que, pese a que se establezcan los criterios a seguir, en cada caso su aplicación puede variar sustancialmente. Para ello, se va a hacer un análisis del criterio de la interdisciplinariedad en los SPP, ya que plantea problemas aplicativos concretos, y después se hará alusión a otros criterios que por la relevancia que adquieren, necesitan de una breve alusión.

A) La aplicación de la interdisciplinariedad.

La diversidad de obligaciones que tiene que cumplir el empresario en materia de prevención de riesgos implica necesariamente que el SPP deba tener carácter interdisciplinario. Hay que recordar que existen cuatro especialidades preventivas que se han determinado normativamente en el art. 34 RSP en relación con el establecimiento de funciones de nivel superior⁵⁶⁴. Las especialidades preventivas son consideradas como un conjunto de medidas, procedimientos y recursos encaminados a la instauración del mayor grado de seguridad y salud en la empresa en su conjunto⁵⁶⁵. La interdisciplinariedad obtenida de la existencia misma de todas las especialidades preventivas debe entenderse como un criterio para determinar la suficiencia y la adecuación. Para que el SPP sea adecuado debe contar con esas especialidades, convirtiéndose este requisito en el primero a cumplir para la conformación del SPP en la empresa. El SPP deberá contar como mínimo con dos especialidades o disciplinas preventivas (art. 15.2 RSP). Con una única especialidad, el SPP no se constituye correctamente, y por tanto, no se configura como adecuado y suficiente para configurarse como modalidad organizativa. Además cada una de esas especialidades (dos o más) deberá dotarse de los medios adecuados, y en aquellas que no sean constituidas por el SPA, se justifica que el empresario tenga que recurrir a un servicio de prevención externo cumpliendo así con el criterio de la interdisciplinariedad⁵⁶⁶.

No obstante, el carácter interdisciplinar plantea varios problemas. El primero y principal, el determinar qué especialidades preventivas se deben elegir en cada empresa. El segundo, consiste en determinar la ubicación geográfica de cada una de las especialidades. Por lo que se refiere al primero, habría que decidir si existe algún condicionante para elegir entre todas, esas dos especialidades (que se configuran como mínimo), o si por el contrario hay una total y absoluta libertad para su determinación, teniendo en cuenta que, las que no sean asumidas por el SPP, deberán concertarse con un servicio externo. En relación con el segundo, de lo que se trata es de establecer algún tipo de elemento que también condicione al empresario en su decisión de distribución de los recursos del SPP, o incluso de la ubicación de cada una de las especialidades preventivas, porque de nada sirve que la empresa tenga la especialidad de higiene en el SPP con sede en Madrid, si el centro de trabajo donde se producen los riesgos químicos está en Galicia, por poner un ejemplo.

⁵⁶⁴ Art. 34. c) RSP: *“las funciones a realizar se clasifican en: (...) Funciones de nivel superior, correspondientes a las especialidades y disciplinas preventivas de medicina del trabajo, seguridad en el trabajo, higiene industrial, y ergonomía y psicología aplicada”*

⁵⁶⁵ LOZANO LARES, F., *El tratamiento jurídico de la siniestralidad laboral. Un análisis tipológico*, Madrid, Cinca y universidad de Sevilla, 2014, pp. 72.

⁵⁶⁶ GONZALEZ ORTEGA, S., y APARICIO TOVAR, J., *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, op. Cit., pp. 203.

Por lo que hace al primero de los problemas planteados, lo lógico sería determinar las especialidades preventivas en función de las características de cada empresa y de la actividad que realizan, así como de los riesgos predominantes en función de esas características y esa actividad. La norma no establece nada al respecto de los SPP, limitándose a recoger que deben tener dos especialidades. Podría ser la negociación colectiva la que determinase con buen criterio, esas especialidades, para cumplir verdaderamente con requisitos de suficiencia y adecuación. En otro caso, será la auditoría externa posterior, o la ITSS, quien podrá establecer que las especialidades preventivas adoptadas, cumplen con los requisitos de suficiencia y, especialmente, con el de adecuación.

El principio de suficiencia y adecuación, debe llevar al empresario a cumplir con la obligación de organización de la prevención haciendo una interpretación sistemática finalista de las normas. Es por ello que éste no cumplirá con la obligación de organización de la prevención si no lo hace conforme a este elemento de suficiencia y adecuación, para lo que la interdisciplinariedad se erige fundamental. Por ello, de poco puede servir que una empresa obligada constituir un SPP porque tenga más de 250 trabajadores y se dedique a una de las actividades del Anexo I, constituya un SPP con las especialidades de ergonomía y psicología y medicina en el trabajo, si la actividad a la que se dedica es a la siderurgia, o la construcción. No debiera tener sentido, que se externalicen la especialidades de seguridad e higiene cuando precisamente los riesgos generados por la actividad de la empresa no pueden ser evaluados y planificados conforme a las técnicas de la ergonomía, sino precisamente conforme a las actividades preventivas que se realizan en el ámbito de las especialidades de seguridad e higiene (riesgo de intoxicación por monóxido de carbono, riesgo de exposición al polvo de sílice, ruido, caídas en altura, etc.). Esto no significa que las mediciones llevadas a cabo por la especialidad de ergonomía y psicología no sean igualmente obligatorias e importantes, pero los riesgos más graves que se derivan de la actividad peligrosa deberían implicar que la especialidad que los analice, sea la que se constituya en el SPP. Por tanto, la determinación de las especialidades que deben tener el carácter de mínimo conforme al art. 15.2 RSP, va a depender del tipo de actividad que realiza la empresa y los riesgos generados por esa actividad, haciendo prioritarias unas especialidades sobre otras.

En relación con el segundo de los problemas que se planteaba, la ubicación geográfica de las especialidades preventivas cuando hay varios centro de trabajo distantes, hay hacer el análisis, teniendo en cuenta de nuevo, el cumplimiento del principio de suficiencia. No se cumple adecuadamente con la normativa de prevención si una empresa tiene su servicio de prevención propio con las cuatro especialidades en una Comunidad Autónoma, si una de esas especialidades, la higiene, por seguir con los ejemplos, debería estar en el centro de trabajo de otra comunidad autónoma que es donde realmente se están produciendo los riesgos y peligros que son analizados por tal

disciplina. No sólo es conveniente, sino que es indispensable que el SPP y sus dependencias, tengan las especialidades preventivas adecuadas y además se encuentren en los lugares o centros de trabajo donde sean realmente necesarias.

En relación con el número de especialidades que el SPP debe tener para que una empresa pueda constituirlo como tal, el RSP establece en su art. 15.2 que deberá contar como mínimo con dos de las previstas en el art. 34 del mismo texto normativo (Seguridad, Higiene, Ergonomía y Psicosociología, y Medicina en el trabajo). Por tanto, dos deben ser el mínimo de especialidades que debe tener una empresa para constituir su propio servicio de prevención. Ahora bien, la norma habla que como mínimo deben ser dos, pero, ¿lo mínimo es equivalente a lo adecuado? En el art. 15.2 RSP, en su primer párrafo, se establece que los SPP deberán contar con las instalaciones y los medios humanos y materiales necesarios para la realización de las actividades preventivas que vayan a desarrollar en la empresas. En este caso, atendiendo al tenor literal de la norma, las dos especialidades son suficientes para que el SPP quede correctamente constituido. Cuestión diferente será la dotación de medios de cada una de estas especialidades, y como se ha visto, que sean dos especialidades en las que se puedan valorar los riesgos de la empresa.

En conclusión, la diversidad de materias en las que debe intervenir un SPP da lugar a que necesariamente este servicio tenga carácter interdisciplinar⁵⁶⁷. La especialización y la interdisciplinariedad configuran dos de los criterios que permiten valorar el elemento de la suficiencia y adecuación de la organización de la prevención en las empresas⁵⁶⁸. La suficiencia al ponerse en contacto con la complejidad del riesgos laborales y de los mecanismos de prevención, genera la exigencia de que el servicio de prevención tenga ese carácter interdisciplinario (art. 31.4 LPRL). Por ello, cualquier sistema de prevención requiere la confluencia de profesionales capacitados en distintas ramas⁵⁶⁹. Ahora bien, para determinar cuáles de esas especialidades dan lugar al correcto cumplimiento del principio de suficiencia y adecuación, habrá que ver cuáles son las características de la empresas y de los riesgos de la misma, de forma que, pese a que se cumpla con el requisito de la interdisciplinariedad (dos especialidades), ese cumplimiento pueda resultar eficaz a la luz de la propia suficiencia y adecuación como realidades perseguidas por la normativa. Por tanto, habrá que hacer una elección correcta de esas especialidades. En definitiva, con un mínimo de dos especialidades, sean cuales sean, se puede dar un cumplimiento formal y legal, pero ello no implica un cumplimiento correcto y adecuado de la organización de la prevención de riesgos. No

⁵⁶⁷ GONZALEZ ORTEGA, S., y APARICIO TOVAR, J., *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, op. Cit., pp. 202-203.

⁵⁶⁸ Esta es la característica esencial que diferencia a los Servicios de Prevención de los antiguos servicios médicos de empresa que sólo cubrían algunas de las funciones preventivas (las de vigilancia de la salud).

⁵⁶⁹ DIAZ MOLINER, R., *Derecho de prevención de riesgos laborales*, vol. II, op. Cit., pp. 102.

hay que olvidar que el modelo legal de organización preventiva trata de huir del cumplimiento formal de la norma⁵⁷⁰, de manera que deberá ser el empresario (y/o la negociación colectiva) quien deberá determinar la suficiencia del número de especialidades preventivas y la elección de las mismas a la vista de las características de la empresa (número de trabajadores de la plantilla, riesgos de la empresa, especial peligrosidad de las actividades, distribución de los riesgos, dispersión geográfica de los centros de trabajo...).

B) Otros criterios a tener en cuenta.

La suficiencia y adecuación de la modalidad del SPP también queda condicionada y se determina por otros factores que se encuentran dispersos en la norma. Por un lado, se encuentra la exclusividad de la dedicación de los técnicos de prevención (art. 15.1 RSP) como exigencia que se establece expresamente para esta modalidad y que constituye la principal diferencia con la formula de los trabajadores designados. Sobre ella, se volverá en las próximas páginas con ocasión del análisis del de los recursos humanos de los SPP. Por otro lado, hay que volver a traer a colación la dispersión geográfica de los centro de trabajo de la empresa como elemento fundamental a tener en cuenta (art. 15.3 RSP). En este caso, se trata del criterio de la distribución de los riesgos que la LPRL recoge expresamente para tener en cuenta en la conformación del servicio de prevención (art. 30.4 LPRL). Como ya se dijo, el elemento geográfico no determina la creación de distintos servicios de prevención propios ya que este se forma como una unidad⁵⁷¹. Sin embargo, lo que si se prevé es que el SPP tenga que adaptarse al formato de empresa de manera que pueda realizar las actividades preventivas irradiando su acción sobre todos los centros de trabajo tomando en cuenta los riesgos que cada centro genera.

Junto al criterio de la exclusividad y al criterio geográfico, que son fundamentales en la configuración del SPP, se podrían tener en cuenta otros que, la norma recoge para otras modalidades pero que son perfectamente trasladables para dar contenido a la suficiencia y adecuación de esta fórmula organizativa. Por un lado se encuentra el criterio de la frecuencia y la gravedad de la siniestralidad del que ya se habló con ocasión del análisis del tercer supuesto de constitución obligatoria de los SPP. Por otro lado, se puede atender al criterio del tiempo de respuesta y el grado de integración de la prevención en la empresa, ambos recogidos como factores que modulan las exigencias de los recursos de los SPM (art. 2 Orden TIN/2504/2010). Por último, la formación y capacitación de los técnicos que conforman el SPP también será un

⁵⁷⁰ IGARTÚA MIRÓ, M.T., *Manual del Servicio de Prevención*, op. Cit., pp. 89-90. Esta autora incide constantemente en la idea de que el cumplimiento formal de la norma no es el objetivo

⁵⁷¹ Art. 15.1 RSP: *El servicio de prevención propio constituirá una unidad organizativa específica y sus integrantes dedicarán de forma exclusiva su actividad en la empresa a la finalidad del mismo.*

elemento sobre el que gira la suficiencia y la adecuación en todas las modalidades organizativas, y de ahí que la norma haya recogido los tres niveles formativos. En lo que hace al SPP, deberá haber técnicos de nivel superior, pero también de nivel intermedio y básico. La exigencia de formación derivada del art. 15.2 RSP parece extenderse a los tres niveles, sin embargo, el cumplimiento de la norma se consigue con la contratación de los de nivel superior en todo caso, ya que éstos podrán desempeñar todas las tareas preventivas previstas.

2.2.3. La determinación de la suficiencia en relación con los recursos humanos.

A) El número de técnicos de prevención como criterio de suficiencia cuantitativa.

La regulación de la Ley y el Reglamento establece para los SPP, que los medios humanos deberán ser los necesarios, introduciendo, una vez más un concepto jurídico indeterminado. En esta materia no hay ninguna norma que especifique cuantos deben ser los técnicos que deben componer un SPP. Es por ello, que precisamente la Disposición Adicional Séptima del Reglamento indica que la negociación colectiva o a través de acuerdos con representantes de los trabajadores, se podrán establecer los criterios para determinar esos medios humanos. Sin embargo, y dado que la negociación colectiva no ha sido muy activa en esta materia se hace necesario determinar una composición adecuada de los integrantes de los SPP. Para ello, habría que establecer en primer lugar, el número de técnicos necesarios por cada especialidad, así como el resto de personal y su dedicación; y en segundo lugar, hay que plantearse la posible aplicación de la Orden TIN 2504/2010, de 20 de septiembre, como criterio a tener en cuenta para determinar los medios humanos en los SPP. En relación con la posibilidad de aplicar los criterios de esta norma, hay que decir que, una interpretación sistemática de acuerdo al espíritu de las normas de la organización de la prevención, e independientemente de la modalidad organizativa elegida, el número de prevencionistas que configuren cada una de las formas de gestión organizativa, debería vincularse con la complejidad de la actividad preventiva a desarrollar, y no en relación con el tipo de servicio de prevención⁵⁷² (propio, ajeno, mancomunados o sociedad de prevención).

Por lo que se refiere al número de técnicos de prevención, el propio art. 15.2 RSP establece que las dos especialidades (mínimo) deberán ser desarrolladas por expertos con la capacitación requerida para las funciones que vaya a desarrollar. La fórmula que se ha recogido en este precepto ha dado lugar a dos interpretaciones completamente distintas. Por un lado, a favor de la tesis de que haya un experto

⁵⁷² LUQUE PARRA, M., *La organización de la prevención en la empresa*, op. Cit., pp. 82.

(técnico superior) al menos por cada especialidad, de forma que deberá haber dos técnicos, uno por cada especialidad configurada en el SPP. Los que mantienen esta opinión sostienen que la norma habla de expertos en plural, y de la necesaria coordinación entre expertos, lo que implica la existencia, al menos de dos, siendo por tanto obligatoria la duplicidad de expertos⁵⁷³ (opción elegida por el legislador para la modalidad de SPA, recogido en el art. 18.2 RSP).

A favor de la tesis contraria, es decir, que un mismo experto cubra las dos especialidades, se fundamenta en la idea de que si el legislador hubiese querido, hubiese concretado esta cuestión, como lo hace para el caso del SPA. Por tanto, la formulación legal parece admitir que un mismo experto cubra ambas especialidades puesto que la norma alude al hecho de el SPP tenga dos especialidades sin mención al número de expertos. En todo caso, esta opción será válida, siempre y cuando este profesional disponga de la formación necesaria para poder asumir ambas especialidades y siempre que el tiempo de su jornada laboral permita atender a todas ellas⁵⁷⁴.

Una vez más y como ocurre con otras cuestiones, hay que acudir a la lógica y finalidad de los elementos que configuran la organización y al finalidad que persiguen las normas en esta ámbito tan específico para poder inclinar la balanza hacia una y otra postura. Por ello, partiendo del hecho de que la norma no recoge un mínimo de expertos por especialidad, habrá que entender la necesidad de tener uno o varios profesionales en función de las características de la propia empresa y sus riesgos, la especialidad de estos riesgos y su distribución, el número de trabajadores de la plantilla, así como cualquier otra circunstancia que pueda determinar la necesaria existencia de varios expertos o sólo de uno de ellos.

⁵⁷³ GARRIGUES GIMENEZ, A., *La organización de la prevención en la empresa*, op. Cit., pp. 324 y nota 23; MORENO MÁRQUEZ, A., *Comentario al artículo 31 LPRL*, op. Cit., pp. 583; MORENO MÁRQUEZ A., *Los servicios de prevención*, op. Cit., pp. 75-76; TOSCANI GIMENEZ, D., *Obligaciones y Derecho de los trabajadores de funciones preventivas*, Gestión Practica de Riesgos Laborales, núm. 87, 2011, pp. 29-30.

⁵⁷⁴ A favor de un técnico con dos especialidades DIAZ MOLINER, R., *Derecho de prevención de riesgos laborales*, vol. II, op. Cit., pp. 104; IGARTÚA MIRÓ, M.T., *Manual del Servicio de Prevención*, op. Cit., pp. 89-90; LUQUE PARRA, M., *La organización de la prevención en la empresa*, op. Cit., pp. 85; GONZALEZ CORDERO, J., *La protección frente al despido disciplinario de los trabajadores integrantes del servicio de prevención*, op. Cit., pp. 77; La propia guía del delegado sobre servicios de prevención de ISTAS cuando hace referencia a los recursos mínimos de los servicios de prevención, respecto de los propios establece que: “deberá contar como mínimo con dos especialidades preventivas de nivel superior (aunque el tipo de especialidades y el numero de especialistas, así como el resto del personal necesario, dependerá de las actividades preventivas que se vayan a desarrollar)”. En línea: <http://www.istas.ccoo.es/descargas/gnaranja/CAP07.pdf>

Cuando la norma al referirse a los SPP habla de expertos, en plural, quizá no esté refiriéndose tanto a la idea de que haya uno por cada especialidad, sino a la necesidad de esas especialidades en la empresa deban realizarse por profesionales con una determinada cualificación pudiendo darse el caso, de que sean necesarios más de dos técnicos, no sólo uno por cada especialidad, sino varios por las especialidades asumidas, o varios en cada especialidad. Para aclarar esta idea, hay que volver al supuesto de una empresa con varios centros de trabajo separados geográficamente (por ejemplo, Madrid y Coruña), cuya actividad principal esté encuadrada como peligrosa en el Anexo I RSP y con un total de 300 trabajadores en la plantilla. Si esta empresa asume las especialidades de seguridad e higiene, para que se pueda entender que se cumple con el requisito de la suficiencia y adecuación de los medios humanos, lo lógico sería que tuviera, al menos, un experto (técnico superior) de seguridad e higiene en el centro de Madrid y otro técnico superior (también con las dos especialidades) en el centro de Coruña. De esta forma se necesitan dos técnicos, pero no uno por cada especialidad, sino dos capacitados para llevar a cabo las dos especialidades, en dos centros de trabajo diferentes. Igualmente podría ocurrir, que dada la especialidad de algunos riesgos, sea necesaria la existencia de un experto concreto para esa especialidad. Pero nuevamente, serán las características de la empresa y de los riesgos los que determinen esta solución. Por tanto, serán otros elementos los que fijarán la necesidad de uno o varios expertos y no el propio número de especialidades.

No es obligatoria, por tanto, una equivalencia matemática entre las especialidades asumidas por el SPP y el número de técnicos de prevención superiores necesarios, salvo para el supuesto, si regulado, de la especialidad de medicina del trabajo y para el que la norma, como se verá más adelante, ha previsto que esté compuesto por una Unidad Básica Sanitaria (Art. 15.2 y 37.3 RSP y RD 843/2011). No obstante, los integrantes de la misma, si tienen la formación correspondiente, podrán asumir otras especialidades preventivas, siempre que quede correctamente cubierta, con su tiempo de dedicación, la de medicina del trabajo.

Junto a los expertos, entendidos éstos como los técnicos de nivel superior, el propio RSP exige que el SPP cuente con personal necesario con capacitación de los niveles básico e intermedio. Dada la inconcreción de la norma sobre el número de estos componentes y su dedicación, habrá que estar, nuevamente, a los criterios que se vienen señalando: actividades preventivas asumidas, la dimensión de la plantilla de la empresa, los riesgos a los que están expuestos los trabajadores, la implantación territorial de la empresa (elemento geográfico), etc.

No obstante, se podría pensar en solventar el problema de la determinación del número de recursos humanos necesarios para los supuestos de SPP de una manera más concreta. Con la entrada en vigor de la Orden TIN/2504/2010, se establece un sistema objetivo para la determinación del número de técnicos que deber tener necesariamente

un SPA para poder actuar en el mercado como tal. Se trata, como se ha visto en el apartado del SPA, de un sistema basado en ratios con criterios correctores. Estos ratios se obtienen atendiendo el número total de los trabajadores atendidos por el servicio de prevención ajeno, en función de la peligrosidad media de las empresas atendidas por un servicio de prevención ajeno. Para fijar la peligrosidad media se toma como referencia a tarifa de primas para la cotización a la seguridad social por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de las empresas clientes⁵⁷⁵. Quizá una buena solución para establecer el número de técnicos necesarios en las empresas con SPP, es la utilización de los mismo criterios que el Anexo I de la Orden TIN/2504/2010 utiliza para los SPA. Sin embargo, no hay que perder de vista que no es la solución que haya previsto el legislador para estos casos, ya que sólo lo ha hecho para los servicios externos. Además esta solución, llevaría a tener que aplicar, la regla de al menos, un técnico por especialidad, como ocurre con los SPA, y quizá esto sea para este caso innecesario.

En la búsqueda de criterios para establecer la cantidad de recursos humanos, la Autoridad Laboral, en este caso, la ITSS ha establecido como punto de referencia el número de delegados de prevención con el que ha de contar una empresa (art. 35.2 LPRL⁵⁷⁶). Como la aplicación estricta de este criterio puede producir ciertas distorsiones en empresas muy grandes de implantación en todo el territorio nacional, con centros de trabajo dispersos, la propia autoridad laboral prevé un criterio corrector a la baja del 0,7% u otro porcentaje en función del tamaño de los centros de trabajo⁵⁷⁷. También establece la ITSS la distribución de estos componentes (siempre con carácter de mínimos). Así, en empresas de más de 500 trabajadores, debería haber al menos, un técnico de prevención superior por cada 500 trabajadores y un técnico intermedio por

⁵⁷⁵ ALEGRE NUENO, M., *Nuevos requisitos para los Servicios de Prevención ajenos: la plantilla de técnicos*, Gestión Práctica de Riesgos Laborales, núm. 76, 2010, pp. 53.

⁵⁷⁶ A modo de recordatorio, el art. 35.2 LPRL establece que: “*Los Delegados de Prevención serán designados por y entre los representantes del personal, en el ámbito de los órganos de representación previstos en las normas a que se refiere el artículo anterior, con arreglo a la siguiente escala: De 50 a 100 trabajadores: 2 Delegados de Prevención; De 101 a 500 trabajadores: 3 Delegados de Prevención; De 501 a 1.000 trabajadores: 4 Delegados de Prevención; De 1.001 a 2.000 trabajadores: 5 Delegados de Prevención; De 2.001 a 3.000 trabajadores: 6 Delegados de Prevención; De 3.001 a 4.000 trabajadores: 7 Delegados de Prevención; De 4.001 en adelante: 8 Delegados de Prevención. En las empresas de hasta treinta trabajadores el Delegado de Prevención será el Delegado de Personal. En las empresas de treinta y uno a cuarenta y nueve trabajadores habrá un Delegado de Prevención que será elegido por y entre los Delegados de Personal*”.

⁵⁷⁷ La propia ITSS establece que estos criterios no son de por sí suficientes para determinar la existencia de una infracción administrativa pero si pueden serlo para determinar que la empresa sea formalmente requerida para realizar una Auditoría. Guía de la Actuación Inspectora en Servicios de Prevención Propios o Mancomunados, pp. 13 y 14, en línea: http://www.empleo.gob.es/itss/web/atencion_al_ciudadano/normativa_y_documentacion/Documentacion_Riesgos_Laborales/004/002/columna1/4.2_GUIA_Servicios_Prevencion_Propios.pdf

cada 250 trabajadores adicionales. Además debería haber técnicos con formación básica hasta completar el número de delegados de prevención. En las empresas que realicen actividades peligrosas, debería haber un técnico superior por cada 250 trabajadores, y un técnico intermedio por cada 100 trabajadores adicionales, e igualmente debería haber técnicos con formación básica hasta completar el número de delegados de prevención.

Pues que la norma no establece ninguna regla, cualquiera de los criterios establecidos, ya sea el del ITSS, ya sea el derivado de la Orden TIN/2504/2010, ya sea el de aplicar como mínimo un técnico superior por cada especialidad o uno que desarrolle varias especialidades, el empresario tendrá un margen en su poder de decisión final al respecto. No obstante, y ante la dificultad de establecer las condiciones mínimas adecuadas una buena opción, muchas veces necesaria, es recurrir a la regla de la compatibilidad del SPP y otras fórmulas como son el SPA y la modalidad de trabajadores designados.

B) Las implicaciones de la exclusividad en la dedicación de los profesionales de la prevención.

Junto a la determinación del número de profesionales de la prevención que deberían componer el SPP para que este pueda constituirse, hay que establecer la dedicación, en tiempo, de esos técnicos a las tareas preventivas asumidas. La norma, al contrario de lo que ocurre con la modalidad organizativa de trabajadores designados, exige para los integrantes del SPP una dedicación exclusiva, esto es, su actividad laboral en la empresa consiste en realizar exclusivamente funciones preventivas (art. 15.1 RSP). Ahora bien, en términos reales, qué implica esta exclusividad. Podría suponer que no es posible que los integrantes del SPP puedan tener una situación de pluriempleo o pluriactividad de forma que no podrán realizar las mismas tareas, u otras, en otras empresas; o bien podría suponer la imposibilidad de que los integrantes del SPP realicen otros cometidos en la misma empresa conjuntamente con el desempeño de funciones preventivas. El tenor literal del precepto y la lógica de la prevención de riesgos llevan a afirmar la compatibilidad de distintos trabajo en distintas empresas, ya sea como profesionales de la prevención en todas ellas, ya sea sólo en algunas, realizando trabajos distintos en otras⁵⁷⁸. Por tanto, la exclusividad lleva implícita la

⁵⁷⁸ En opinión contraria TOSCANI GIMENEZ, D., *Obligaciones y Derecho de los trabajadores de funciones preventivas*, Gestión Practica de Riesgos Laborales, op. Cit., pp. 29-30. A favor de la compatibilidad con otros trabajo en otras empresas y la exclusividad en las tareas de prevención en la empresa: DIAZ MOLINER, R., *Derecho de prevención de riesgos laborales*, vol. II, op. Cit., pp. 107; ALARCON CARACUEL, M.R., *Los deberes del empresario respecto a la seguridad y salud de los trabajadores*, op. Cit., pp. 127; MORENO MÁRQUEZ A., *Los servicios de prevención*, op. Cit., pp. 77-78; GARRIGUES GIMENEZ, A., *La organización de la prevención en la empresa*, op. Cit., pp. 326-

idea de que en una misma empresa el técnico no pueda desarrollar otras actividades productivas, pero en ningún caso ello implica que no pueda hacerlas en otra empresa, ya sea como profesional de la prevención o no.

Además, esta exclusividad otorga cierta independencia al técnico, que al no realizar ningún otro trabajo, no ve sometidas sus decisiones preventivas a posibles represalias empresariales y otros condicionamientos derivados de la actividad productiva de la empresa. Con todo, hay alguna opinión diferente en torno al tiempo de dedicación en relación con la exclusividad. Esta opción interpretativa considera que el término exclusividad no puede ser interpretado *stricto sensu* a la totalidad de la jornada, sino a un planteamiento que implique que haya un periodo de tiempo determinado durante el cual es necesario que el trabajador se dedique de forma obligatoria y exclusiva a realizar dicha función. Lo que ocurre es que esta opción, según esta opinión, sólo se puede llevar a cabo teniendo en cuenta la actividad empresarial y los riesgos. O dicho de otra forma, se puede aplicar esta teoría en aquellos casos de actividades empresariales de reducidos niveles de riesgos donde se puede producir una situación de desocupación real en ciertos periodos de tiempo⁵⁷⁹.

Por lo que se refiere estrictamente al tiempo de trabajo, el RSP no exige una determinada duración, así que los integrantes del SPP pueden prestar su servicio a tiempo completo o a tiempo parcial. Lo único que la norma exige es que el tiempo trabajado para la empresa lo sea con dedicación exclusiva y que ese tiempo sea suficiente para llevar a cabo las tareas preventivas necesarias.

El problema en este caso radica en saber el tiempo (en horas) que deberán dedicar los medios humanos a la prevención en un SPP (ya sean técnicos superiores, intermedios o básicos). Para hacer una posible interpretación, en esta ocasión se podría acudir igualmente a la regulación de la Orden TIN/2504/2010; o se podría aplicar el criterio recogido en el RD 843/2011 referido a la organización de los recursos para desarrollar la actividad sanitaria, que para el caso de los SPP se establece la posibilidad de contratar a técnicos de prevención a jornada inferior a la completa, siempre que se trate de empresas de menos de 2000 trabajadores y siempre que la jornada mínima sea la mitad de la jornada laboral completa. Aunque, *a priori* parece que se podría tener en

327. Esta autora, además, utiliza como argumento de apoyo su tesis de que los técnicos pueden ser profesionales liberales.

⁵⁷⁹ MATEOS BEATO, A., *Los servicios de prevención*, Información Laboral, núm. 2, 2002, pp. 20. Para LUQUE PARRA, M., *La organización de la prevención en la empresa*, op. Cit., pp. 93-94: “La exigencia de dedicación exclusiva es una muestra de la desconfianza normativa en la práctica empresarial en materia preventiva”. Se presume que tener dos trabajos diferentes en una misma empresa “podría derivar en una confusión de roles (...) A pesar de que comprendemos la lógica normativa, no la compartimos pues consideramos que puede haber supuestos en los que una pluriactividad profesional en una empresa no genere como efecto directo y casi inmediato, una afectación a su nivel de prevención”.

cuenta para orientar esa cuestión, lo cierto es que, aplicar estos criterios, supondría tener que aceptar que hasta 2000 trabajadores será suficiente con la contratación de un trabajador técnico superior y uno intermedio a jornada completa (por hacer la equivalencia con el médico y enfermero que forman la UBS), admitiéndose incluso horarios de dedicación inferiores cuando no se superase la previsión de los 2000 trabajadores y en función del número de trabajadores y de los riesgos (así queda recogido para el personal experto sanitario en el art. 4.3 RD 843/2011). No parece, por tanto, que esta sea una opción plausible.

Por otro lado, hay que hacer referencia a una norma, aunque derogada, que quizá podría servir de guía orientativa a los efectos de establecer criterios para determinar el tiempo mínimo de dedicación de los técnicos. Se trata de la Resolución de 22 de diciembre de 1998 por la que se determinan los criterios a seguir en relación con la compensación de costes prevista en el art. 10 de la Orden de 22 de abril de 1997, por la que se regula el régimen de funcionamiento de las MATEP en el desarrollo de las actividades de prevención (también derogada). Lo relevante de esta Resolución es que para determinar el tiempo de dedicación de los profesionales, tiene en cuenta cada una de las especialidades preventivas por sectores de actividad; las empresas que realizan actividades incluidas en el Anexo I RSP; el tamaño de la empresa teniendo en cuenta el número de trabajadores por centro de trabajo; y el número de horas que se deben dedicar para estudios específicos. Por ello, dada la amplitud y a su vez la especificidad con la que se regula esta cuestión en la Resolución, quizá podría servir como criterio interpretativo, o quizá podría tenerse en cuenta para una posible regulación de esta cuestión dado el acierto en la valoración de todos esos factores.

2.2.4. La determinación de la suficiencia en relación con los recursos materiales.

Al igual que ocurre con los recursos humanos, también el SPP debe dotarse de una serie de medios técnicos con los que poder llevar a cabo todas las actividades preventivas de cada una de las especialidades que se hayan constituido. El art. 15.2 RSP repite prácticamente en los mismo términos el art. 31.4 LPRL en lo que se refiere a los recursos técnicos, limitándose a establecer que los servicios de prevención propios deberán contar con las instalaciones y los medios humanos y materiales necesarios para la realización de las actividades preventivas que vayan a desarrollar en la empresa.

El problema, al igual que ocurriera con los medios humanos, es la conveniencia de determinar de manera objetiva cuáles son los medios materiales que realmente son necesarios para poder llevar a cabo las distintas actividades preventivas. Para ello, lo primero que habría que determinar son las especialidades con las que debe contar el

SPP. Una vez que se han establecido esas especialidades se pueden empezar a analizar los medios materiales que podrían ser necesarios. En el caso de que la empresa cuente entre sus especialidades con la vigilancia de la salud, será la propia normativa reguladora de la misma la que indicará cuáles son las instalaciones, instrumentos y materiales que serán necesarios (se verá a continuación). En el resto de los supuestos (seguridad, higiene, y ergonomía y psicología), cada uno de ellas necesitará sus propios medios, ya que no es lo mismo comprobar el ruido (higiene), que la iluminancia real en un determinado ambiente (ergonomía), que el estado de las máquinas o equipos de trabajo (seguridad). Además, no sólo habría que fijar los materiales e instrumentos necesarios sino también la cantidad necesaria de ellos para que la función preventiva se realice en condiciones de eficacia y eficiencia. La determinación del número se hará en función de los trabajadores que ocupan la empresa o el centro de trabajo, y por tanto, en función de los técnicos de prevención de nivel superior e intermedio que presten servicio en la empresa, y que, en definitiva, serán los que utilizarán estos recursos.

La normativa no arroja demasiada luz en cuanto a las instalaciones y medios con los que debe contar un SPP. Por tanto, será la negociación colectiva o el propio empresario el que, de acuerdo con las tareas y riesgos obtenidos de la evaluación de riesgos podrá determinar cuáles son los medios necesarios y adecuados en la empresa. Lo que ocurre es que, ante la falta de regulación por parte de la negociación colectiva en este sentido, dejar en manos del empresario la determinación de la suficiencia de los recursos materiales puede resultar complicado, especialmente en empresas donde no hay una clara cultura preventiva. Por esta razón, será la ITSS o la auditoría externa la que determinará si efectivamente los medios materiales usados son adecuados para las actividades y riesgos de la empresas, y si son suficientes en cuanto al número de trabajadores y en cuanto al número de centros de trabajo y distribución de los mismos.

No obstante, y aunque la norma no haya previsto nada para los SPP, resulta muy interesante traer a colación lo establecido para los servicios de prevención ajenos, en primer lugar, en el art. 18.2 c) RSP, y en segundo lugar, en el Anexo II de la Orden TIN/2504/2010, de 20 de septiembre. Se trata de normas que contienen alguna orientación más sobre la suficiencia y adecuación de los recursos materiales, y sin duda, sería posible una aplicación analógica, desde el momento en que es posible en muchos casos intercambiar ambos modelos organizativos (SPP y SPA), y, en todo caso, ambos deben conseguir el mismo fin; por lo que los medios empleados, al menos en cuanto a mínimos, deben ser, los mismos.

Por lo que se refiere al art. 18. 2 c) RSP, establece la necesidad de disponer como mínimo, de las instalaciones y materiales para realizar pruebas, reconocimientos, mediciones y evaluaciones habituales en la práctica de cada una de las especialidades, así como las instalaciones para el desarrollo de las actividades formativas y

divulgativas básicas. Quizá sea necesario que por analogía se aplique este precepto para la determinación de la suficiencia de los recursos materiales para los SPP. Ello llevaría necesariamente a afirmar que, al menos, se deben disponer instrumentos para realizar pruebas, mediciones y evaluaciones habituales en cada especialidad que sea constituida para el SPP, así como que se deban disponer de instalaciones para las actividades de información y formación, al menos, básicas. Sin duda,

En segundo lugar, también hay que plantear al posible aplicación de los criterios sobre recursos materiales de la Orden TIN mencionada. Por primera vez se regula en una norma, con ese nivel de claridad y concreción, los recursos instrumentales mínimos para desarrollar las actividades habituales en las distintas especialidades preventivas, aunque no las instalaciones con las que debe contar, para lo que se remite al mencionado art. 18.2 c) RSP. Lo que ocurre es que mientras que para los SPA, lo aquí regulado se convierte en norma de obligado cumplimiento, para los SPP sólo podría ser una mera orientación. Simplemente este Anexo II sirve a los efectos de una valoración de adecuación y suficiencia de los recursos técnicos por parte del empresario que lo decide, de la ITSS que lo controla, o de las auditorías externas, y en última instancia del juez. Este Anexo II regula los recursos materiales mínimos necesarios por cada especialidad y la cantidad de ellos por técnico de prevención (sin entrar en la vigilancia de la salud, que como se dijo, tiene su regulación específica en otra normativa), así como, los recursos y la gestión para la calibración de los equipos de trabajo. Dado que se trata, simplemente, de una norma que actúa para los SPP a modo de orientación, no podría exigirse en los términos que se hace para los SPA. Es por ello, que no se plantearía el título jurídico en virtud del cual se adquieren los instrumentos o materiales, pudiendo ser tanto el arrendamiento como la propiedad válidos para el cumplimiento del requisito.

2.2.5. La subcontratación en la organización de la prevención.

A) La subcontratación de la actividad preventiva en general.

Para continuar con la determinación de los criterios de suficiencia y adecuación, hay que establecer, por un lado, cuál puede ser vínculo contractual de las personas que forma parte del SPP, porque ello podrá ser indicativo de la existencia misma del servicio de prevención, y por otro, si existe alguna posibilidad para la empresa de subcontratar la prevención de riesgos para actividades particulares.

Por lo que se refiere al vínculo contractual, esto es, que las personas que integran el servicio de prevención puedan ser trabajadores por cuenta ajena, o que puedan ser trabajadores autónomos, actuando como profesionales liberales, hay opiniones doctrinales diferentes. Hay quienes entienden que nada obsta, al menos en lo que se

refiere a los técnicos especialistas superiores⁵⁸⁰, a que su desempeño preventivo en la empresa se desarrolle a través de la prestación libre de sus servicios profesionales⁵⁸¹. Quienes se inclinan por esta opción, se apoyan en el hecho de que la exclusividad exigida por el RSP, en cuanto a la dedicación, queda cubierta cuando los profesionales no prestan otros servicios para la misma empresa, más allá de las actividades de prevención de riesgos. Eso sí, el tiempo dedicado a estas actividades ha de ser suficiente y adecuado, en función, habría que entender, del tamaño de la empresa y los riesgos existentes en la misma y su distribución.

Sin embargo, hay otra opinión doctrinal que entiende que el vínculo contractual debe ser laboral, no pudiendo ser la figura del profesional liberal la que sirva de base en la composición del servicio de prevención. Para ello, y centrándose más en el SPP que en el SPA, se alude en primer lugar, al art. 30.4 LPRL en el cual los integrantes del SPP son entendidos como trabajadores a los efectos de extender las garantías previstas en el ET y respecto al deber de sigilo profesional que deben guardar; en segundo lugar, y hay que entender que con mucho más peso, fundamentan su postura en el hecho de que la subcontratación de un tercero experto se ha previsto: a) para los SPA y sólo en el art. 19.2 del RSP y las órdenes de desarrollo⁵⁸², respecto a las actividades que requieran conocimientos especiales o instalaciones de gran complejidad, y no para cualquier actividad preventiva⁵⁸³; y b) para el supuesto concreto previsto en el art. 6 y 9 del RD 843/2011, según el cual se podrán realizar acuerdos de colaboración entre SPA para la prestación de actividades sanitarias para las empresas concertadas, y la posibilidad de subcontratar actividades sanitarias por parte de los SPP cuando estos tengan asumida la especialidad de medicina del trabajo⁵⁸⁴. De esta manera, entienden que si el legislador hubiera querido prever la subcontratación de profesionales liberales como fórmula para la composición de los Servicios de Prevención, así lo hubiera hecho en el reglamento de desarrollo de la Ley. Pero además, la única fórmula de subcontratación de prevención permitida por la Ley para los SPP es precisamente la concertación de las actividades preventivas con un SPA.

⁵⁸⁰ GARRIGUES GIMENEZ, A., *La organización de la prevención en la empresa*, op. Cit., pp. 326-328. Dentro de un servicio de prevención hay actividades que se deben realizar de forma constante o cotidiana, mientras que hay otras que deben llevarse a cabo de forma puntual. Coinciden además, que las actividades que se realizan de forma constante, son funciones de nivel básico e intermedio, mientras que las funciones más puntuales son las que realizarán los técnicos superiores. Por ello, la autora, en base a esta explicación mantiene que los técnicos de nivel básico e intermedio debería tener un vínculo contractual, mientras que los técnicos de nivel superior pueden tener una dedicación más limitada pudiendo tratarse de profesionales liberales

⁵⁸¹ MONTOYA MELGAR, A; PIZÁ GRANADOS. J. y ALZAGA RUIZ, I., *Curso de Seguridad y Salud en el trabajo*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2009, pp. 134

⁵⁸² Primero en el art. 1.2 de la Orden de 27 de junio de 1997, y en la actualidad en el art. 1.3 de la Orden TIN/2504/2010, de 20 de septiembre.

⁵⁸³ LUQUE PARRA, M., *La organización de la prevención en la empresa*, op. Cit., pp. 103-104.

⁵⁸⁴ Este último argumento no se recoge en la monografía de LUQUE PARRA, M., puesto que la regulación normativa es posterior a la fecha de publicación de esa monografía. Se trata de un argumento más que se incorpora en este trabajo de tesis.

Hay algunos argumentos que hacen factible la posibilidad de que los SPP puedan estar compuestos por técnicos de prevención autónomos. El primero de ellos, es que ni la LPRL ni el RSP, salvo la referencia que hace el art. 30.4 LPRL, cuando se refieren a los miembros del servicio de prevención lo hacen utilizando los términos “integrantes”, “expertos”, “personal” o “componentes”, y no el término trabajador. El segundo, es que el tiempo de dedicación y la exclusividad de prestación del servicio en la empresa, no depende del vínculo contractual, por lo que una persona subcontratada a estos efectos dedicará de forma exclusiva su actividad de prevención a la empresa por el tiempo contratado, que deberá ser suficiente y adecuado. En tercer lugar, y por lo que se refiere a las garantías, obviamente al no ser trabajador por cuenta ajena, no se le aplicará lo recogido como tal en el art. 68 a), b) y c) ET, ni la del art. 56.4 ET, aunque sí que deberán guardar sigilo profesional y deberán poder acceder a toda la información y documentación necesaria para desempeñar su actividad de prevención en condiciones adecuadas. Por último, y por lo que se refiere a la responsabilidad y teniendo en cuenta que respecto a los incumplimientos de seguridad y salud el empresario será siempre el responsable, el técnico de prevención podrá responder, independientemente de su vínculo contractual, frente al empresario, cuando fuera responsable de los daños que le hubiera producido a éste en su caso, aunque esa responsabilidad se articule jurídicamente de manera diferente⁵⁸⁵.

Sin embargo, lo relevante para inclinar la balanza a favor de una u otra opción, será determinar si la relación contractual puede ser un condicionante para conseguir la independencia como garantía de eficacia del sistema preventivo. Ya se ha visto que si se trata de una relación laboral, la propia LPRL establece una serie de garantías encaminadas a la conservación de esa independencia. Estas garantías giran en torno a la estabilidad en el empleo defendiendo al trabajador frente a las acciones empresariales que intenten, sin fundamento, prescindir de él o sancionarle. Cuestión diferente es pensar que el vínculo no sea laboral y que el SPP pueda estar formado por trabajadores autónomos, para los que no es posible extender tales garantías. A priori, habría que entender que al no existir ese vínculo jurídico laboral, y por tanto, esa relación de subordinación empresario-trabajador, la actuación independiente del técnico de prevención es un hecho. Sin embargo, el efecto que se podría producir es totalmente el contrario. El técnico de prevención será contratado a través de un arrendamiento de servicios dando cumplimiento así a los intereses empresariales. Por ello, la intervención del técnico se llevará a cabo siguiendo las directrices del empresario, de forma que, si éste no realiza su actividad conforme a esas directrices al empresario le bastará con rescindir el contrato de arrendamiento de servicios pudiendo contratar a otro. Con esta fórmula es muy probable que la independencia quede

⁵⁸⁵ Responsabilidad Disciplinaria cuando es un técnico trabajador por cuenta ajena, y responsabilidad civil en su caso; Responsabilidad civil contractual, cuando es un profesional independiente.

condicionada o matizada por la presencia de otros intereses, lo que sin duda es contrario a las pretensiones del legislador en materia preventiva.

Pues bien, esta es una de las razones por las que no debiera ser un trabajador autónomo, profesional liberal quien pueda llevar a cabo las actividades de prevención de riesgos laborales en un SPP de una empresa. La otra razón, se basa simplemente en el hecho de que la norma ha previsto como único supuesto de externalización de la prevención a los SPA, es decir, el mecanismo de la subcontratación de la organización de la prevención de riesgos laborales parece que ha quedado reservado a las empresas que se configuran y acreditan como servicios de prevención ajenos.

La respuesta de Dirección General de Trabajo a la consulta planteada sobre el Convenio General de la construcción y la formación preventiva en el puesto de trabajo de 2 de agosto de 2011⁵⁸⁶, así como la respuesta dada por la ITSS a la consulta técnica sobre las labores que asesores, gestores y profesionales, técnicos de prevención pueden desempeñar⁵⁸⁷, llevan irremediablemente a entender que los técnicos de prevención no pueden actuar en el mercado de la prevención como profesionales liberales. Interesa a estos efectos, por un lado, la valoración que hace la Dirección General de Trabajo respecto a la formación específica del art. 19 LPRL. Entiende que la única posibilidad de que un externo lleve a cabo la formación específica, es a través del servicio de prevención, ya que los SPA son los únicos autorizados para llevar a cabo actividades de prevención. Por ello, esta formación no puede ser impartida por profesionales independientes ni por empresas que carezcan de autorización para actuar como servicios de prevención ajenos. La ITSS, en esta misma línea, entiende que las funciones de prevención (concretamente, la realización del plan de prevención así como la organización y gestión de los recursos preventivos), sólo pueden ser realizadas por personal vinculado a la empresa en cuestión, o por una entidad especializada que cuente con la preceptiva acreditación, concedida por la Autoridad Laboral de la correspondiente Comunidad Autónoma, como SPA. En tales circunstancias resulta inviable, entiende la ITSS, la posibilidad de que un técnico, con independencia de su nivel de cualificación, pueda desempeñar tales funciones de asesoramiento en materia específica de prevención de riesgos mediante un encargo de tipo profesional, abonándosele el trabajo como honorarios profesionales.

En esta misma línea argumentativa, la Subdirección General de Ordenación normativa dependiente de la Dirección General del Empleo del Ministerio de Empleo y Seguridad Social da respuesta, con fecha 24 de abril de 2012, a una consulta planteada por la Federación ASPA en relación con la posibilidad de que las funciones de

⁵⁸⁶ <http://www.integralsur.com/wp-content/uploads/2012/11/Criterio-Direccion-General-Inspeccion-de-Trabajo-sobre-entidades-capacitadas-para-impartir-la-formacion-en-PRL.pdf>

⁵⁸⁷ http://www.empleo.gob.es/itss/web/utilidades/consultas_tecnicas/index.html#A2

asesoramiento y apoyo al empresario sean desarrolladas por personas (profesionales) o entidades sin acreditación de la autoridad laboral. El recurso a profesionales externos de la empresa o a una entidad no acreditada, no puede considerarse ajustado a lo regulado en la normativa de prevención de riesgos laborales. Esta regulación impide que las actividades preventivas puedan ser ejecutadas por personas (aun cuando tengan formación en prevención de riesgos laborales) con encargo mediante un arrendamiento de servicios, o por una empresa, si esta no es una entidad acreditada por la autoridad laboral competente en las especialidades o disciplinas preventivas de medicina del trabajo seguridad en el trabajo, higiene industrial, y ergonomía y psicología aplicada y reúne todos los requisitos y condiciones que las normas exigen.

La actividad de un profesional independiente o de una empresa que no sea entidad acreditada como servicio de prevención ajeno, no podrá comprender ni la prestación de servicios de asesoramiento y apoyo en las materias establecidas en el artículo 31 LPRL, que corresponde a los servicios de prevención, ni la propia ejecución de las actividades preventivas que pueda corresponder a la empresa en los términos legalmente establecidos.

Ahora bien, este mismo informe de la Subdirección General de Ordenación Normativa, establece que: *“si un profesional independiente o una empresa desarrollan funciones para un empresario – ya sea por no poder asumir personalmente de manera completa las actividades preventivas o por resultar insuficiente la designación de uno o varios trabajadores – la actividad del profesional o de la empresa no sustituye al concierto con una entidad especializada debidamente acreditada para actuar como SPA”*. Ante tal afirmación, habría que plantearse que si se concierta con un SPA las materias establecidas en el art. 31 LPRL nada impide que además, se pueda contratar con un profesional o con una entidad no acreditada otras actividades de prevención, puesto que no sólo se estaría comprimiendo con la normativa, sino que se podría dar un paso más en la organización y gestión de la prevención de riesgos laborales. Pero a más, parece que se está refiriendo a empresas que tienen o acuerdan acudir a un SPA, es decir, que en todo caso, organizarán la prevención con un SPA aunque también habrá funciones o actividades, fuera de las que la Ley asigna a los servicios de prevención, que podrían realizar a través de profesionales u otras empresas. Pero qué ocurre con las empresas en las que efectivamente el empresario asume la prevención o acuden a la modalidad de trabajadores designados o a la de SPP. Igualmente, si estas modalidades llevan a cabo las materias establecidas en el art. 31 LPRL, nada debería impedir que se pudiera contratar a profesionales o entidades no acreditadas que se ocuparan de la prevención, no en cuanto a lo establecido en esta norma, sino a modo de soporte al empresario en esta materia.

Desde hace tiempo, se ha suscitado todo un debate en torno a este tema⁵⁸⁸. Ya en el informe presentado por el Presidente del Consejo Económico y Social, más conocido como Informe Durán, se recogían las posibles incoherencias del modelo de los servicios de prevención de la LPRL, planteando algunas líneas de cambio. Por ejemplo, se recogía la necesidad de autorizar que la evaluación y la planificación inicial pudiera ser contratada con un profesional con competencia acreditada para que, conocidos los problemas, y apuntadas las soluciones, el empresario pudiera adoptar la decisión sobre el modelo de gestión de la prevención más adecuado en la empresa; También se establece la posibilidad de que los SPP y los trabajadores designados, pudieran contratar especialistas externos para la realización de actividades específicas; o se plantea abrir la posibilidad para las pequeñas empresas de contratar a especialistas externos con la debida formación para que se ocupen de la gestión de la PRL. Con ello, se resolverían las dificultades prácticas que en las pequeñas empresas tiene el ejercicio de la actividad preventiva por el propio empresario y a través de la designación de trabajadores⁵⁸⁹.

De manera más cercana en el tiempo, con la Ley 25/2009, de 22 de diciembre de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, los técnicos de prevención esperaban que se modificase la LPRL en la medida en que se establezca la posibilidad de actuar en el mercado como profesionales liberales. Sin embargo, lejos de que se llevara a cabo tal modificación la nueva norma incide en la idea de que aquellas empresas que no lleven a cabo las actividades con recursos propios, deberán recurrir exclusivamente a los SPA para llevar a cabo las funciones preventiva (art. 31.3 in fine LPRL). Algunas asociaciones de especialistas en prevención de riesgos laborales han llegado a realizar propuestas reguladoras de las profesiones de técnicos de prevención en las que se contemplaba la posibilidad de que los técnicos superiores pudieran ejercer sus funciones de forma autónoma⁵⁹⁰.

⁵⁸⁸ Se puede encontrar este debate en algunos foros reconocidos en el ámbito de la prevención de riesgos laborales: <http://prevencionar.com/2012/06/21/el-asesoramiento-en-materia-de-prevencion-de-riesgos-laborales-un-concepto-generico/http://www.prevention-world.com/es/informacion-tecnica/articulos/sistema-gestion-prevencion-riesgos-laborales-iii-subcontratacion-servicios.html>

⁵⁸⁹ DURÁN LOPEZ, F., *Informe sobre riesgos Laborales y su prevención. La seguridad y la salud en el trabajo en España*, Madrid, Presidencia del Gobierno, 2001, pp. 93-94.

⁵⁹⁰ Con el proyecto de Ley de profesiones liberales se ha vuelto a incidir en la idea de creación de colegios profesionales para técnicos de prevención como primer paso para la liberalización del mercado. El redactado actual de este proyecto de Ley, únicamente contempla la posibilidad de creación de colegios oficiales en aquellas profesiones para cuyo ejercicio se exija la disposición de la correspondiente titulación universitaria, lo que podría ser interpretado como un veto a la creación del Colegio de Técnicos de PRL. Ante esta situación, los Servicios Jurídicos de AEPSAL han preparado una enmienda en la que se expone el interés social de la creación del Colegio Profesional de Técnicos PRL y la situación de encrucijada en la que se encuentran. Por una parte, en estos momentos no existe una titulación específica universitaria para ejercer como técnico superior de prevención, pero por otra se

Así pues, habría que determinar si existe la posibilidad de llevar a cabo actividades de prevención por parte de técnicos de prevención, a través de un sistema de consultoría y asesoramiento. Es cierto, que como se ha visto, no pueden llevar a cabo las actividades preventivas, como la evaluación de riesgos, la planificación, el plan de prevención, la formación... pero, en apariencia, nada impide que un técnico pueda asesorar al empresario sobre cómo hacerlo⁵⁹¹. Sin embargo, varias son las razones que impedirían esta opción. La primera, que esa labor de asesoramiento es precisamente la que de manera principal el legislador asigna a los SPA (art. 31 LPRL); y la segunda, que el legislador sólo permite como opción de externalización el SPA, y cuando ha querido excepcionar esto, así lo ha hecho: encargados de la coordinación (art. 13 RD 171/2004); realización de Estudios y Planes de seguridad y salud en obras de construcción (RD 1627/1997); elaboración de Planes de Autoprotección y Emergencias.

Coincidiendo con alguna de las propuestas del Informe Durán, sería muy conveniente legalizar la fórmula mediante la cual los técnicos de prevención pueden ejercer su actividad de forma independiente y ser contratados como profesionales liberales. De esta manera, se daría una solución eficiente a los problemas que se plantean con la modalidad de asunción de la prevención por el empresario o con la designación de trabajadores, y al control y mejora de la calidad de la organización preventiva en las pequeñas y medianas empresas. Será muy útil para favorecer la organización de la prevención con recursos propios (objetivo de la estrategia de seguridad y salud en el trabajo europea y española); la integración de la prevención en la empresas e incluso la mejora de la calidad de la prestación dada por el SPA. Sin embargo, esta posible legalización de profesionales independientes, choca frontalmente con el régimen de autorización y control impuesto a los SPA, donde, claramente, una solución como esta,

exige estar en posesión de un Máster al que se accede a través de titulación universitaria, por lo que la referencia la titulación universitaria puede plantear problemas en de futuro en este sentido.

⁵⁹¹ Se ha detectado una práctica habitual, sobre todo cuando la modalidad de prevención es la de asunción del empresario o de trabajadores designados, en las que la organización se configura como una mera formalidad. El empresario o la persona o personas en quien este delegue, firmará como autor los documentos que certifiquen la realización de las actividades preventivas, pero en realidad la actividad preventiva se realizada por un profesional de la prevención que no forma parte de una empresa acreditada. Así pues son muchos los problemas que plantea una situación de este tipo. El primer problema se plantea en torno a los límites de las tareas de estos técnicos. El segundo de los problemas se plantea en torno a la responsabilidad derivada de una mal asesoramiento. En todo caso, frente al trabajador, el empresario será el responsable porque es el obligado (cuasi objetivo) de seguridad y salud. Y el tercero de los problemas es el que se puede pensar es en la cualificación que debe tener el asesor. Al no ser una figura regulada y al no formar parte de la organización de la prevención, no se puede exigir que el consultor sea técnico de prevención de nivel superior o intermedio. Por lo que podría ser cualquier persona que se dedique a actividades de consultoría sin necesidad de que tenga que acreditar determinados conocimientos en esta materia.

provocaría una fuerte competencia desleal entre ambos tipos de prestadores de servicios, ya que las condiciones de partida exigibles a unos y a otros no serían las mismas, y por tanto, su actuación en el mercados se vería absolutamente condicionada.

B) La subcontratación en supuestos concretos.

La especificidad de ciertas actividades han llevado al legislador a permitir una subcontratación más allá de la propia contratación con un SPA. Se trata, por un lado, de la posibilidad establecida en el art. 19.2. RSP de subcontratar servicios de otros profesionales o entidades cuando sea necesario para la realización de actividades que requieran conocimientos especiales o instalaciones de gran complejidad; y por otro, del tratamiento que en la práctica empresarial se ha venido desarrollando en relación con la protección y prevención de las situaciones de emergencia, y con los supuestos de coordinación de actividades empresariales en el concreto sector de la construcción.

a) Subcontratación de actividades que requieran conocimientos especiales o instalaciones de gran complejidad

En relación con la subcontratación recogida en el art. 19.2 RSP, se trata de una norma que ha sido brevemente desarrollada en el art. 1.3. Orden TIN/2504/2010. En ésta se viene a establecer que las actividades que requieran conocimientos especiales o instalaciones de gran complejidad son las actividades de laboratorios, clínicos, microbiológicos y de higiene industrial. Pero no limita sólo a estas actividades porque utiliza la expresión “entre otros”, dejando abierta la posibilidad de que existan otras actividades especiales. Por ello, se debe entender que no se trata de una lista cerrada, y que por tanto, cabe la posibilidad de que se hagan otra serie de subcontrataciones siempre que éstas requieran conocimientos especiales o de instalaciones de gran complejidad. Así ocurre también con el supuesto de las actividades sanitarias, para las que específicamente el RD 843/2011, de 17 de junio, (que se verá posteriormente en un apartado específico), ha previsto la posibilidad de que un SPP pueda subcontratar con otro servicio de prevención acreditado aquellas actividades específicas que requieran conocimientos especiales o instalaciones de gran complejidad. Así mismo, se podrán subcontratar las actividades del servicio sanitario con otro SPA a causa de la dispersión geográfica de los centros de trabajo o la lejanía de algunos de ellos, salvo el programa de vigilancia sanitaria específica y la vigilancia de la salud colectiva, por tener la consideración de actividades sanitarias básicas.

Para poder llevar a cabo este tipo de subcontrataciones, se deberá adjuntar en la documentación de acreditación del SPA (art. 3.2 i)) una memoria relativa a dichas actividades específicas, con inclusión de los profesionales o entidades que las van a

desarrollar, así como de su capacidad, medios e instalaciones⁵⁹². El problema que se debe plantear aquí, es la imposibilidad que parece desprenderse de que este tipo de subcontrataciones se hagan por lo SPP. Es decir, la subcontratación de actividades especiales con profesionales o entidades sólo se puede llevar a cabo por el SPA, puesto que el art. 19.2 RSP y la Orden TIN/2504/2010 sólo están pensando en la modalidad externa de Servicios de Prevención. Sin embargo, aquí sí que hay que plantear una incoherencia absoluta del sistema. Parece que el SPP sólo podrá realizar este tipo de actividades especiales si previamente ha contratado la especialidad con un SPA, de forma que será éste, y no aquel, quien lleve a cabo la subcontratación. La otra opción, absolutamente desproporcionada, es que el SPP, lleve a cabo con medios propios esta actividad especial que requeriría, la contratación del personal cualificado, así como la adquisición de material e instalaciones concretas.

No se puede entender, que un SPP que pueda tener las cuatro especialidades no pueda subcontratar una actividad especial, o que, aun no teniendo las cuatro especialidades, tenga como propia alguna especialidad, por ejemplo la higiene, y que para una medición de agentes biológicos que necesiten un estudio en un laboratorio microbiológico, tenga que acudir a un SPA para que éste lleve a cabo tal actividad, cuando a su vez, probablemente este SPA, tiene subcontratada la actividad de estudio de los agentes microbiológicos con un laboratorio. En este sentido, habría que plantearse si el SPP podría contratar el SPA exclusivamente para que lleve a cabo la concreta actividad preventiva que requiere de ciertos conocimientos y especificidades, o si por el contrario el SPP tiene que concertar la especialidad preventiva completa en la que están encuadradas esas actividades especiales. La lógica preventiva, y esa intención de huir de la aplicación más formal de las normas de prevención, llevan a considerar que es posible y suficiente contratar la actividad de prevención con el SPA. De esta forma, se sigue cumpliendo con el límite de que sólo se puede subcontratar la prevención con los servicios acreditados por la autoridad laboral. Ahora bien, nada debería imposibilitar, porque no perjudica ni vulnera los derechos de seguridad y salud de los trabajadores, que se pudiera subcontratar directamente con las empresas que prestan esos servicios especializados; por seguir con el ejemplo, que pudiera contratar directamente el SPP (y por tanto de la empresa) con el laboratorio.

No debería existir ningún impedimento para que un SPP pueda subcontratar directamente los servicios de una empresa o persona que realiza actividades de especial complejidad y para los que se requiere una especial cualificación. La primera de las razones se basa en el hecho de que si puede hacerlo un SPA, no se entiende porque el SPP, que se configura como modalidad organizativa en los mismos términos que el SPA, no puede hacerlo. La segunda de las razones, se fundamenta en que una

⁵⁹² Esta regulación se encontraba en los mismos términos en la Orden de 1997, no habiendo sufrido ninguna modificación con la regulación actual.

prohibición como esta, iría en contra de la propia internalización de la prevención porque un impedimento en la subcontratación de las actividades especiales, es un incentivo más para la externalización de la modalidad organizativa lo que choca frontalmente con los objetivos de las estrategias (europeas y españolas) de seguridad y salud en el trabajo.

b) Subcontratación de las medidas de emergencia y para la elaboración de estudios y planes de seguridad y salud en obras de construcción

En segundo lugar, se plantean materias concretas sobre las que no se plantea la obligación de contratar directamente con un SPA. Esto se plantea en materia de aplicación de medidas de emergencia y respecto a la elaboración de Estudios de Seguridad y Salud y Planes de Seguridad y Salud en obras de construcción. Respecto a las primeras, hay que señalar la existencia de un mercado dedicado de forma concreta y específica a proporcionar la realización de Planes de Autoprotección y Emergencias para las empresas a través de personal especialmente cualificado para ello. Lo mismo ocurre con la existencia de empresas dedicadas a la realización de Estudios de Seguridad y Salud en obras, sin que éstas sean, necesariamente, de servicios de prevención ajenos. Se trata nuevamente de supuestos de subcontratación de actividades preventivas, que dada la especificidad, necesita que sea llevada a cabo por profesionales, técnicos competentes, o empresas especialistas.

En relación con las medidas de emergencia, tal y como se regula en el art. 20 LPRL, implica la evaluación y análisis de situaciones que el legislador ha querido tratar de modo diferenciado al resto de las cuestiones que deben estar contenidas en una evaluación de riesgos ordinaria⁵⁹³. Precisamente ese trato diferenciado, unido al hecho de que la prevención de emergencias engloba un conjunto de acciones y medidas encaminadas a prevenir y controlar los riesgos, que no sólo tienen causa en lo laboral, sino en otra serie de situaciones o imprevistos, influye en la propia autoría del plan de medidas de prevención de estas emergencias, el cual podrá ser realizado por otros entes, empresas o profesionales especializados⁵⁹⁴. Este razonamiento es el que ha dado lugar a una regulación más concreta sobre determinadas actuaciones de prevención de emergencias en determinadas actividades. Por ello, se ha creado la obligación de

⁵⁹³ Art. 20 LPRL: “(...)Para la aplicación de las medidas adoptadas, el empresario deberá organizar las relaciones que sean necesarias con servicios externos a la empresa, en particular en materia de primeros auxilios, asistencia médica de urgencia, salvamento y lucha contra incendios, de forma que quede garantizada la rapidez y eficacia de las mismas”.

⁵⁹⁴ ITSS., Guía de actuación inspectora en servicios de Prevención Propios o mancomunadas, pg.12. en línea:

http://www.empleo.gob.es/itss/web/atencion_al_ciudadano/normativa_y_documentacion/Documentacion_Riesgos_Laborales/004/002/columna1/4.2_GUIA_Servicios_Prevencion_Propios.pdf

elaborar un Plan de Autoprotección para determinadas actividades y edificios, que será realizado por un técnico competente que, a su vez, deberá estar capacitado para decidir sobre aquellos aspectos relacionados con la autoprotección frente a los riesgos a los que esté sujeta la actividad (Art. 4.1 a) RD 393/2007, por el que se aprueba la Normativa Básica de Autoprotección).

Con la entrada en vigor del RD 393/2007 por el que se aprueba la Norma Básica de Autoprotección, se establece el catálogo de actividades donde pueden generarse situaciones de emergencia (Anexo I) y además se articula un programa de contenidos mínimos que debe recoger dicho Plan de Autoprotección (Anexo II). Asimismo, se establecen las definiciones de plan de autoprotección y plan de emergencia. Siendo el primero el marco orgánico y funcional previsto para una actividad, centro, establecimiento, espacio, instalación o dependencia, con el objeto de prevenir y controlar los riesgos sobre las personas y los bienes y dar respuesta adecuada a las posibles situaciones de emergencias, en la zona bajo responsabilidad del titular, garantizando la integración de éstas actuaciones en el sistema público de protección civil. Mientras que el Plan de actuación en emergencias es el documento perteneciente al plan de autoprotección en el que se prevé la organización de la respuesta ante situaciones de emergencias clasificadas, las medidas de protección e intervención a adoptar, y los procedimientos y secuencia de actuación para dar respuesta a las posibles emergencias.

No obstante, hay que tener en cuenta que aquellas empresas que no se encuentren contenidas en el catálogo de actividades que se recoge en el RD 393/2007, deben desarrollar sus medidas de emergencia ateniéndose al artículo 20 LPRL, donde se indica que el empresario deberá analizar las posibles situaciones de emergencia y adoptar las medidas necesarias en materia de primeros auxilios, lucha contra incendios y evacuación de los trabajadores, designando para ello al personal encargado de poner en práctica estas medidas y comprobando periódicamente, en su caso, su correcto funcionamiento. Pero este análisis debe llevarlo a cabo teniendo en cuenta el tamaño y la actividad de la empresa, así como la posible presencia de personas ajenas a la misma.

Este desarrollo de las medidas de emergencia se debe plasmar por escrito, pudiendo adoptar dicho documento múltiples denominaciones, plan de emergencia y evacuación, protocolos de emergencia y evacuación, procedimiento de emergencia y evacuación, manual de emergencia y evacuación, etc., y pudiendo incluso estar contenido en el propio plan de prevención de la empresa en función de la complejidad de la misma. El contenido de este documento puede ser el mismo que el indicado reglamentariamente para el plan de autoprotección y al tratarse de empresas de menor envergadura resultará de menor complejidad. También puede considerarse un contenido más reducido siempre y cuando queden perfectamente definidas las pautas a

llevar a cabo en caso de emergencia, así como el personal designado para ponerlas en práctica.

En relación a los técnicos competentes que pueden llevar a cabo esta actividad, no existe una definición a nivel estatal que establezca quienes y qué formación deben poseer para ser competentes. Por esa razón, hay que remitirse a la legislación de las Comunidades Autónomas donde se puede encontrar algo más sobre esta cuestión. Así, a modo de ejemplo, se podría traer a colación el Decreto 8/2004, de 23 de enero, por el que se desarrollan determinados aspectos de la ley de Ordenación de emergencias de las Islas Baleares donde técnico competente será todo ingeniero, arquitecto, técnico superior de PRL incardinados en su SP debidamente acreditado por la autoridad laboral con formación objeto de los planes de autoprotección, así como los Directores de Seguridad de empresas acreditadas por el Ministerio del Interior en el ámbito de sus respectivas competencias y atribuciones profesionales. También resulta interesante la Orden 3 de agosto de 2012 por el que se regula la acreditación del personal técnico competente para la elaboración de planes de autoprotección en el País Vasco, donde detalla los requisitos para obtener la acreditación para técnico competente así como el procedimiento de acreditación. En definitiva, aunque no todas las empresas estén obligadas a tener un Plan de Autoprotección, sin embargo, todas deben tener un plan de emergencia o un sistema mediante el cual se tomen medidas adecuadas ante posibles situaciones de emergencia.

Esto ha hecho que las empresas contraten de forma concreta a entidades que prestan estos servicios. Los Servicios de Prevención Ajenos deben poder llevar a cabo esos planes sencillos de emergencias. Lo que ocurre es que aquellas empresas que, o bien voluntariamente, o bien, de forma obligada, tienen que realizar Planes de Autoprotección, estos tendrán que ser realizados por personal competente, de forma que, o el SPA oferta entre sus servicios éste, o deberá subcontratarse. Por esta razón, estas empresas aunque no formen parte de la modalidad organizativa de las empresas, sí que habrá que tenerlas en cuenta a efectos organizativos, puestos que intervienen sustancialmente en la prevención de accidentes de trabajo. En este caso, se trata de una actividad preventiva que se puede subcontratar independientemente de la modalidad organizativa establecida en la empresa. De tal forma, que si el empresario ha elegido el SPA y este oferta estos servicios podrá contratarlos con él; pero si el empresario ha optado por los recursos propios como modalidad, podrá acudir a cualquier empresa que se dedique a la realización de estos planes de autoprotección y de emergencia, sin necesidad de que contrate a un SPA y que éste a su vez contrate a una empresa dedicada a esta actividad con técnicos competentes.

Por lo que se refiere a la coordinación de la seguridad y salud en obras de construcción, y más concretamente a la realización de los Estudios de Seguridad y Salud o Planes de Seguridad y Salud en el trabajo, la regulación específica sobre la

materia⁵⁹⁵ ha dado lugar a la creación de un tipo de empresas que, no siendo SPA, ofrecen sus servicios, para que más allá del cumplimiento legal y el intercambio documental, se consiga la integración eficaz de las actividades realizadas por contratistas y empresas concurrentes. La exigencia de coordinadores de seguridad⁵⁹⁶ y salud para la elaboración del proyecto de obra⁵⁹⁷ y durante la fase de ejecución de la obra que posea las titulaciones académicas y habilitantes (arquitecto, arquitecto técnico, ingeniero, ingeniero técnico: Disposición Adicional Cuarta Ley 38/1999, de 5 de noviembre de Ordenación de la Edificación, en adelante LOE), y que además posea una formación adecuada en el campo de la prevención de riesgos laborales aplicable a las obras de construcción⁵⁹⁸, junto a la exigencia de técnicos competentes para elaborar el estudio de seguridad y salud, o el Estudio Básico de Seguridad y Salud⁵⁹⁹, así como la exigencia de que cada proyectista elabore su propio plan de Seguridad y Salud⁶⁰⁰, ha dado lugar al nacimiento de ese entramado de empresas que de forma profesionalizada

⁵⁹⁵ Directiva 92/57/CE, del Consejo de 24 de junio de 1992, por el que se establece relativa a las disposiciones mínimas de seguridad y de salud que deben aplicarse en las obras de construcción temporales o móviles (octava Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE); RD 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción (BOE núm. 256, de 25 de octubre de 1997); Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (BOE núm. 266, de 6 de noviembre de 1999).

⁵⁹⁶ La Directiva 92/57/CE establece en su art. 2 e) y f) que el coordinador de seguridad y salud puede ser cualquier persona física o jurídica.

⁵⁹⁷ Cuando existen varios proyectistas, se hace obligatoria la existencia de un coordinador de seguridad y salud. En este caso, corresponde al coordinador en fase de proyecto elaborar el mismo, o hacer que se elabore bajo su responsabilidad el Estudio de Seguridad y Salud o el Estudio Básico de Seguridad y salud (art. 3 RD 1627/1997).

⁵⁹⁸ Sobre la cualificación y formación de los técnicos competentes ver: Guía del INSHT para la evaluación y prevención de los riesgos relativos a las obras de construcción, en línea: http://www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Normativa/GuiasTecnicas/Ficheros/g_obras.pdf, pp. 19. Existen pronunciamientos judiciales contradictorios sobre la autoría del Estudios de Seguridad y Salud entendiendo en unos casos que sólo pueden ser elaborados por arquitectos haciendo primar el principio de especialidad (STSJ de Cantabria, de 24 de marzo de 2004 (Sala de lo Social, Rº. 1220/2003); STSJ d Andalucía, de 21 de octubre de 2010 (Sala de lo Social, Rº. 424/2010)), y en otros casos se inclinan por hacer una interpretación restrictiva respecto a la posibilidad de establecer monopolios profesionales (STS de 18 de abril de 1997(Sala de lo Contencioso-Administrativo, Rº. 94/1994); STSJ de Castilla y León de 4 de noviembre de 2000 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Rº. 2051/1997); STSJ de Andalucía, de 7 de diciembre de 2000 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Rº. 4/1998)).

⁵⁹⁹ El documento en sí mismo es el mismo en cuanto que obedece al cumplimiento de la misma obligación. La diferencia se encuentra en la realización de uno u otro en función de una serie de condiciones. Por ello, se hará un Estudio de Seguridad y Salud: a) cuando el presupuesto de ejecución por contrata sea igual o superior a 450.759€; b) que la duración estimada sea superior a 30 días laborables empleándose en algún momento a mas de 20 trabajadores; c) que el volumen de mano de obra estimada sea superior a 500 trabajadores; d) que se trate de obras de túneles, galerías, conducciones subterráneas y presas. En el resto de los casos podrá hacerse un Estudio Básico.

⁶⁰⁰ El plan de Seguridad y Salud deberá ser un documento elaborado por cada contratista. Dicho Plan de Seguridad constituye el instrumento básico de la evaluación de riesgos y planificación de la actividad preventiva. Para su elaboración el contrasta tendrá que contar con el asesoramiento y la asistencia de un servicio de prevención (art. 31.3 LPRL). El Estudio de Seguridad y Salud o el Estudio Básico será el punto de partida para la elaboración del plan.

y con la aportación de esos técnicos competentes ofrecen unos servicios concretos y especializados de prevención de riesgos laborales en este concreto sector de actividad. Nada impide que los SPA pongan a disposición del promotor de la obra a un técnico competente encargado de dicha coordinación. Lo que ocurre es que los SPA son empresas que, en ocasiones, tienen acuerdos contractuales (conciertos) con muchas de las empresas que intervienen en la obra, por lo que podría darse el caso de no ser completamente imparcial es debido al cruce de intereses entre el coordinador de Seguridad y Salud en el trabajo de una de las empresas y la prevención de las otras empresas. No quedaría cubierto el objetivo mismo de la existencia del coordinador y el fin último de la prevención. Esta es una de las razones por las que ha proliferado este negocio, convirtiéndose así en otra actividad específica susceptible de subcontratación por parte de las empresas independientemente de la modalidad organizativa de prevención de cada una de ellas.

2.2.6. La actividad sanitaria como especialidad concreta dentro del servicio de prevención propio.

A) Recursos Humanos y Materiales necesarios para la actividad sanitaria en el servicio de prevención propio

El RD 843/2011 nace con vocación de aplicarse a todos los servicios de prevención de riesgos laborales, ya sean estos propios, ya sean ajenos o mancomunados. Sin embargo, el legislador ha guardado algunos requisitos y regulaciones especiales en función de que se trate de un SPP o de un SPA. Las principales diferencias se pueden observar en relación con los recursos humanos y con la aplicación de nuevas fórmulas de subcontratación de la actividad sanitaria. En primer lugar, en relación con los recursos humanos necesarios, aunque una UBS (medico del trabajo y enfermero del trabajo) tendrá que constituirse a jornada completa hasta 2000 trabajadores, cuando se trata de un SPP, se podrá establecer una jornada inferior, estableciendo como mínimo la mitad de la jornada laboral (art. 4.3 e) RD 843/2011). Por su parte, no se podrá aplicar ningún factor de corrección al cálculo de los recursos humanos, a diferencia de lo que establecen los Anexos I y II de este RD. En segundo lugar, en relación con las nuevas fórmulas de subcontratación, cuando se trata de un SPP, la norma permite subcontratar actividades sanitarias específicas o acudir a un SPA por motivos de dispersión geográfica o lejanía (art. 9 RD 843/2011)⁶⁰¹.

⁶⁰¹ Que no es lo mismo que los acuerdos de colaboración que se regulan en los arts. 6 a 8 RD 843/2011 para los SPA, aunque tienen una base común.

*a) Profesionales Sanitarios del Servicio de Prevención Propio:
algunas cuestiones problemáticas y algunas cuestiones
laborales aplicables a los especialistas de medicina del trabajo.*

La UBS se configura como tal cuando el profesional que se encarga de la medicina y el que se encarga de la enfermería lo hacen a jornada completa (art. 4.3 RD 843/2011). Sin embargo, cuando se trata de la configuración del servicio sanitario dentro de un SPP y siempre que no se supere la previsión de los 2000 trabajadores se permiten horarios de dedicación inferior a la jornada completa, en cuyo caso deberá atenderse a dos criterios: el número de trabajadores de la empresa y los riesgos en las empresas. Se trata en este caso, de determinar lo que se podría llamar “jornada adecuada”. Además, habrá que atender al límite de reducción del tiempo de trabajo que será como mínimo la mitad de la jornada laboral. En relación a esta cuestión, varios son los problemas que se pueden suscitar.

La primera cuestión, es que esta previsión sólo se ha hecho para los supuestos de SPP, y no para los SPA, a diferencia de lo que ocurría con el Acuerdo de Criterios Básicos de la Actividad Sanitaria, que permitía horarios de dedicación inferiores tanto para unos como otros (aunque teniendo en cuenta que el límite de trabajadores estaba en 1000). Lo que está detrás de esta lógica quizá sea el hecho de que el SPA da cobertura a distintas empresas de diferentes sectores productivos con distintas estructuras y problemáticas, cuestión que no pasa, en principio, cuando se trata de un SPP. Ahora bien, la norma ha vuelto a olvidar la posibilidad de que la empresa tenga varios centros de trabajo distanciados geográficamente, o que cada centro tenga sus propias estructuras y problemáticas, e incluso que en cada centro tengan riesgos diferentes porque se realicen actividades distintas. Puede tener cierta coherencia pensar en disminuir la jornada en supuestos de pocos trabajadores concentrados en un único centro de trabajo siempre que se trate de una actividad con riesgos controlados. Sin embargo, la realidad es que la norma no sólo no concreta ninguno de estos extremos, sino que respecto a los criterios que establece, número de trabajadores y riesgos de las actividades, tampoco hace ninguna concreción. Ello supone que cuando haya menos de 2000 trabajadores podrá acudir a esta habilitación legal de forma que la UBS no tendrá que tener necesariamente jornada completa, sin tomar en cuenta las peculiaridades de la empresas, sus centros de trabajo, su dispersión geográfica, y lo que es aún peor, las actividades que pueden resultar peligrosas⁶⁰².

En segundo lugar, resulta muy llamativo que el legislador no haya utilizado el recurso al Anexo I del RSP que establece, precisamente, y pese a su obsolescencia, un listado

⁶⁰² La Asociación Española de Especialistas en Medicina del trabajo (AEMET) antes de la aprobación del RD 843/2001 envían una serie de correcciones al proyecto entre las que destacan no sólo el mantenimiento del número de 1000 trabajadores para tener 1 UBS, sino que además prevé determinados supuestos en los que esa cantidad debe reducirse a 500.

de actividades y trabajo considerados peligrosos. En esta ocasión la norma se limita a entender la disminución de la jornada en función de los “riesgos de las empresas”. Esta ambigüedad en el tratamiento el art. 4.3 f) RD 843/2011 tiene como ventaja que haya más supuestos en los que pueda aplicarse la previsión legal. Al hablar genéricamente de los riesgos de las empresas quizá hay que dar por incluido cualquier cuestión relacionada con los riesgos en la empresas, como que sean peligrosos aunque no estén incluidos en el Anexo I, o con la distribución de los riesgos, cuando se trate de empresas con multitud de centros de trabajo, o cuando se trata de empresas en las que el control de los riesgos sea más complicado como ocurre con los riesgos psicosociales.

Por lo que se refiere a la dotación de los recursos humanos a partir de la primera UBS y a la corrección al alza que se realiza según el número de empresas atendidas, parece que la norma está pensando en una aplicación exclusiva para el SPA, cuando en realidad estas previsiones deben aplicarse tanto si la medicina del trabajo se lleva a cabo por el SPA como si se integra como especialidad en el SPP o en el SPM en su caso. Esta cuestión es especialmente llamativa en lo que se refiere a la corrección según el número de empresas atendidas (anexo II RD 843/2011), ya que en el caso del SPP no hay un número de empresas atendidas, por cuanto, salvo los supuestos del SPM, el SPP se integra y es parte de una única empresa. El único criterio aplicable sería en todo caso el del Anexo I RD 843/2011 que tendrá en cuenta el tiempo de dedicación en minutos/trabajador/año para determinar el número de profesionales sanitarios y no de UBS, superando así el propio concepto de UBS.

Hubiera sido conveniente que la norma hubiera previsto ciertas especificidades en relación con los SPP. Es decir, igual que prevé un incremento para los servicios de prevención que den cobertura a diferentes empresas (ajenos y mancomunados), que al final se traduce en un aumento del número de recursos humanos necesarios, debería haber recogido ciertos incrementos cuando el SPP da cobertura a empresas con varios centros de trabajo dispersos geográficamente (y no sólo la posibilidad de subcontratar); o cuando se trata de empresas donde, además de tener un número elevado de trabajadores, realizan actividades peligrosas de las del Anexo I del RSP, o aquellas que así se pudieran considerar aunque no se regulen como tal en este anexo, o incluso empresas con un elevado índice de siniestralidad, donde el tiempo de dedicación a la vigilancia colectiva de la salud de los trabajadores debe aumentar. En definitiva, no sólo el tamaño de la plantilla importa, sino que debieran tenerse en cuenta otros criterios igual de relevantes. Ante la inexistencia de regulación, lo más conveniente es la aplicación de los criterios establecidos en el art. 4.3 b) y c) RD 843/2011, pero en tal caso, será necesario la intervención de la autoridad sanitaria y laboral correspondiente para hacer una interpretación adecuada de la norma a la situación real de la concreta empresa.

Por otro lado, la nueva regulación no recoge como hubiera sido deseable, nada respecto a cuestiones estrictamente laborales que giran en torno a la figura de los médicos y enfermeros del trabajo. Concretamente se está pensando en la obligación de contratar al personal médico a través de un contrato laboral, o en la posibilidad de subcontratar a través de otra empresa, la incorporación de un médico o enfermero de empresa debe hacerse mediante contrato de trabajo. La subcontratación, o contratación a través de otra empresa, como ya se dijo en su momento respecto al técnico de prevención de otras especialidades, no está permitido. En este sentido, la única forma de subcontratación permitida es la que se lleva a cabo directamente por la empresa que contrata la actividad sanitaria con un SPA⁶⁰³. Además la norma está pensando en el médico o enfermero como recurso propio cuando hace alusiones constantes a la plantilla⁶⁰⁴. Cuestión diferente es que se plantee la contratación de varios trabajadores de la UBS a tiempo parcial. Opción que no plantearía ningún problema por cuanto lo importante es que esté cubierto el tiempo de dedicación a las actividades sanitarias preventivas, siendo indiferente para la prevención que esto se haga con uno o varios técnicos.

*b) Colaboración con otros servicios de prevención:
Subcontratación*

La realización de actividades sanitarias en el ámbito laboral tiene ciertas implicaciones que a veces escapan del control de los SPP (y también de los SPA). Las ciencias de la salud y concretamente la medicina necesita constantemente de la participación de especialidades y especialistas de las nuevas tecnologías de la integración de actividades, métodos y pruebas que no siempre se consiguen con los medios y conocimientos con lo que cuentan las empresas en el caso de los SPP o con los que cuentan las entidades externas (SPA). Por esta razón el recurso a la subcontratación resulta imprescindible para conseguir la eficacia y la calidad de los servicios prestados por los servicios de prevención.

Estas necesidades han hecho que la norma prevea algunos mecanismos de subcontratación o encargo de ciertas actividades medico-preventivas, pero con ciertas limitaciones dado que, como se ha visto reiteradamente, la externalización atiende a un principio de excepcionalidad. Hay que diferenciar nuevamente que se trate de un SPP, o que se trate de uno ajeno. En el primer caso se permite la subcontratación expresamente, mientras que los ajenos sólo pueden celebrar acuerdos de colaboración

⁶⁰³ Sobre la subcontratación se recomienda ver la Consulta núm. 131219 sobre la configuración de la UBS en los SPP planteada y resuelta por la Asociación Nacional de Entidades Preventivas Acreditadas (ANEPA) en <http://www.anepa.net/informaci%C3%B3n-de-inter%C3%A9s/consultas/115-consulta-131219-sp-propios-ubs.html>

⁶⁰⁴ Un ejemplo de ello es el art. 4.5 RD 843/2011 cuando dice que los servicios de prevención deberán notificar a la autoridad sanitaria cualquier modificación de la plantilla del personal sanitario

(aunque los acuerdos de colaboración son una forma más de subcontratación o encargo a terceros de actividades).

Cuando un SPP tenga asumida la especialidad de medicina del trabajo podrá subcontratar en dos supuestos (art. 9 RD 843/2011). El primero de ellos, en base a un criterio funcional, esto es, cuando se requieran conocimientos especiales o instalaciones de gran complejidad o determinadas técnicas diagnósticas especializadas que sean complementarias a las que se realizan de forma habitual (ya que para estas sí que habrá de disponer de los medios suficientes). Este primer supuesto, es lo que ya se permite para los SPA en el art. 19.2 RSP en la redacción que le dio el RD 337/2010. Dos dudas se pueden plantear. La primera consiste en saber qué se entiende por actividades que requieren conocimientos especiales o qué se entiende o cuáles son las técnicas diagnósticas especialidades. La segunda duda consiste en determinar quién puede o debe llevar a cabo estas actividades sanitarias. Para la primera cuestión, no hay una respuesta clara y única porque todo depende el tipo de actividad que realiza la empresa y en función de eso se considerará si una determinada actividad medico preventiva puede ser básica en esa empresa o de especial complejidad. Respecto de la segunda duda, la solución podría ser algo más clara. Ante la ausencia de concreción expresa en el art. 9 RD 843/2011, hay que acudir al art. 19 RSP que definitiva recoge la misma regulación para los SPA y sí concreta un poco más quienes pueden realizar estas actividades complejas. En este sentido, se puede considerar que estas actividades sanitarias pueden encomendarse a cualquier entidad especializada o a cualquier profesional que pueda realizarla, sin que tenga que ser necesariamente un SPA.

El segundo de los supuestos de subcontratación (art. 9.2 RD 843/2011) es esencialmente el mismo que el que se permite a los SPA realizar a través de los acuerdos de colaboración (arts. 6, 7 y 8 RD 843/2011). En este caso el criterio justificativo de su existencia es la dispersión geográfica o la lejanía de los centros de trabajo al centro donde se encuentre el SPP. Se trata, en este caso, de subcontratar actividades del servicio sanitario de un SPA. Es una manifestación de la insuficiencia de recursos (materiales y humanos) que se justifican en una razón exclusivamente geográfica. No obstante, el legislador ha previsto una serie de requisitos a cumplir y una serie de limitaciones al ejercicio de esta fórmula de subcontratación. Limitaciones que se fundamentan en la obligación del empresario de organización de la prevención con medios propios.

Por lo que se refiere a los requisitos, el primero consiste en consultar a los delegados de prevención de la propia empresa a la que pertenece el SPP; el segundo, comunicar a la autoridad sanitaria en el plazo de 10 días esta subcontratación (de forma que la autoridad sanitaria ejercerá un control sobre la razonabilidad y necesidad de esta contratación y de comprobación del cumplimiento de la norma). Esta comunicación deberá realizarse por parte de la empresa que subcontrata las actividades por parte del

SPA para llevarlas a cabo, para dar posible cuenta de la afectación del número de recursos humanos y materiales necesarios. Comunicación que se rige por el régimen de comunicaciones previas o declaraciones responsables que ya se vieron.

Junto a los requisitos se establecen unos límites, de forma que no toda subcontratación será conforme a derecho. No hay una libertad absoluta de las empresas para subcontratar cualquier actividad sanitaria del servicio de prevención ni de cualquier manera. En este sentido, hay un límite cuantitativo y un límite material. Por un lado, no todas las actividades podrán subcontratarse aunque se de la condición de lejanía a las instalaciones del SPP. No podrá subcontratarse la realización del programa de vigilancia sanitaria específica, ni la vigilancia de la salud colectiva, porque ambas son consideradas actividades sanitarias básicas. Ahora bien, que no pueda subcontratarse la elaboración del programa de vigilancia específica no significa que no puedan llevarse a acabo los reconocimientos médicos en ejecución de ese programa. Pero hay que tener presente que la ejecución de las actividades contratadas deben ajustarse a los criterios que se sigan en el SPP. No hay una libertad absoluta del SPA en la realización de las actividades sanitarias respecto de esos concretos trabajadores, sino que deberán seguir todas las indicaciones programas y procedimientos que se hayan establecido por el SPP para todos sus trabajadores. En este sentido la intención del legislador es que se trate de una especie de prolongación del SPP. Esta subcontratación sólo podrá realizarse con SPA como únicas entidades especializadas acreditadas en prevención, no como en el caso anterior en el que podía subcontratarse con profesionales y otras entidades sin necesidad de que fueran especialistas en prevención acreditadas a estos efectos. Es importante tener en cuenta, que el SPA con el que se haya contratado deberá mantener los ratios de recursos humanos suficientes para cubrir a toda la población trabajadora a la que vaya a atender.

Para poder articular esta subcontratación lo conveniente será realizar un concierto con el SPA en los términos establecidos a estos efectos en el art. 20 RSP, aunque será necesario especificar en el alcance materia del concierto que no se trata de la subcontratación de una especialidad, sino de las concretas actividades sanitarias que deberán encargarse uno y otro servicio de prevención para que quede clara la ejecución de las actividades y por tanto, el alcance de las posibles responsabilidades de ambas organizaciones.

Además, hay otro límite expresamente regulado en relación con este mecanismo de externalización, que consiste en la prohibición de la subcontratación en cascada, es decir, que aquellas actividades que se concierten con un SPA, no podrán en ningún caso ser subcontratadas por este, a otro SPA (art. 9.6 RD 843/2011). En materia de organización de la prevención, al igual que ocurre con la subcontratación el sector de la construcción, que queda limitada en el tercer nivel, el primer escalón de la externalización está permitido mediante la contratación, pero a partir de ahí, quedan

prohibidas otras subcontrataciones que hagan perder el control de la actividad preventiva al empresario

B) Autorización y control de la actividad sanitaria de los servicios de prevención propios.

Conviene comenzar este apartado recordando la distinción entre la autorización y la acreditación. La acreditación del Servicio de Prevención sólo es necesaria para la puesta en funcionamiento de las entidades externas de prevención. Esta acreditación permite la verificación y el mantenimiento de los requisitos de funcionamiento de los SPA. La autorización sanitaria, en cambio, es necesaria tanto para las entidades externas de prevención como para los SPP. Esta autorización está regulada en el art. 2 RD 843/2011 que a su vez remite al art. 3 RD 1277/2003, de 10 de octubre, sobre autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios. La autorización es la que permite que el SPP (y el SPA también) pueda realizar las actividades relacionadas con la medicina del trabajo, fundamentalmente la vigilancia de la salud tanto colectiva como individual.

La cuestión que más relevancia adquiere en este sentido es el juego normativo que se produce entre los requisitos básicos establecidos en el RD 843/2010 y el elenco de normas autonómicas sobre autorización de centros e instalaciones sanitarias que se han ido elaborando como consecuencia del mandato establecido en el RD 1277/2003, y el conjunto de normas sobre criterios sanitarios de los servicios de prevención también fijados por las comunidades autónomas. Las comunidades autónomas regulan los procedimientos para la autorización de las instalaciones y centros, para su funcionamiento o para su modificación y cese, ajustándose a lo dispuesto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimientos administrativo común. Cada comunidad autónoma establecerá para cada procedimiento los trámites y documentos que deberán aportarse⁶⁰⁵. Mientras que el RD 843/2011 establece los requisitos sanitarios a efectos de prevención de riesgos laborales, es decir, los recursos humanos y materiales con los que debe contar desde esta perspectiva.

⁶⁰⁵ Orden de 10 de septiembre de 1999 de Galicia, aplicada por Orden de 16 de julio de 2001; Decreto 221/2001, de 27 de diciembre, de Extremadura; Orden SAN/1283/2006, de 28 de julio, de Castilla y León; Resolución de 3 de noviembre de 1999, de Canarias; Decreto 308/2003, de 2 de diciembre, de Castilla la Mancha; Decreto 306/1999, de 27 de julio, aplicado por Resolución de 28 de abril de 2009, del País Vasco; Orden de 28 de febrero de 1998, de la Comunidad Valenciana; Acuerdo de 27 de marzo de 1998, de Navarra; Resolución de 24 de abril de 2003, de Murcia; Resoluciones de 18 de marzo de 1998 y de 4 de octubre de 2002, de Islas Baleares; Resolución de 24 de abril de 2003, de Murcia.

3. EL SERVICIO DE PREVENCIÓN MANCOMUNADO (SPM).

En el cuadro legal y reglamentario de modalidades organizativas, se puede encontrar también un subtipo de organización preventiva interna que se ha configurado como una opción de organización más. Se trata del llamado Servicio de Prevención Mancomunado (SPM) regulado en el art. 21 RSP, que viene a establecer tal opción organizativa planteando muchas dudas en cuanto a su aplicación. El SPM es una opción con la que cuentan las empresas para organizar la prevención, pero es absolutamente voluntaria. No se establece ningún supuesto de obligada constitución, aunque si las empresas quieren organizar la prevención a través de este sistema, deberán cumplir con una serie de requisitos⁶⁰⁶.

Ni la Directiva Marco, ni la LPRL, han establecido tal posibilidad, pero al configurarse como un recurso organizativo propio de las empresas, es admisible su creación a través del RSP; y además no se trata de ninguna novedad del legislador en la elaboración del RSP. Ya se recogía esta posibilidad, de manera similar, en el derogado art. 6 del RD 1036/1959, de 10 de junio por el que se reorganizan los servicios médicos de empresa, en el que se establecía la obligación de constituir servicios médicos de empresa mancomunados para las empresas que ocupasen a más de 100 y menos de 1000 trabajadores⁶⁰⁷. En la actualidad no hay muchas más referencias normativas donde se pueda hallar respuestas sobre los SPM. Tan sólo el art. 2 de la Orden TIN/2504/2010, de 20 de septiembre, hace una especificación sobre los recursos humanos y materiales y sobre los criterios a tener en cuenta en relación con la suficiencia y adecuación de estos medios en el concreto caso en el que se constituya un SPM en un grupo de empresas; y en el art. 1.2 del RD 843/2011, de 17 de junio, incluye en su ámbito de aplicación a los SPM. Fuera de estas referencias, nada más se establece sobre este subtipo de organización interna.

El art. 21 RSP le añade el calificativo de mancomunado a estos servicios de prevención, determinado así su propia esencia y razón de ser. La mancomunidad puede ser definida como la unión o asociación de personas o de cosas con el fin de

⁶⁰⁶ GONZÁLEZ ORTEGA, S. (coord.), Comentarios al Reglamento de los Servicios de Prevención (Real Decreto 39/1997, de 17 de enero), Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, pp. 163. DÍAZ MOLINER, R., Derecho de Prevención de Riesgos Laborales, Madrid, Djusa, 1998, pp. 116

⁶⁰⁷ Recordemos que los servicios de prevención tienen su antecedente parcial en los servicios médicos de empresa, cuya regulación quedó expresamente derogada con la disposición derogatoria del RSP. MONTOYA MELGAR, A Y PIZÁ GRANADOS, J., *Curso de Seguridad y Salud en el Trabajo*, Madrid, McGraw-Hill, 2000, pp. 91. FERNÁNDEZ MARCOS, L., *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y Normativa Reglamentaria*, Madrid, Dykinson, 2000, págs. 171-172 establece que “la configuración que apunta la Ley de estos Servicios de Prevención en sentido estricto y que posteriormente se desarrolla reglamentariamente [...] no derivan, en rigor de la Directiva Marco 83/391 CEE, sino que son más bien creación del legislador nacional, sin duda influido por la preexistencia en nuestra legislación de una organización preventiva de características ciertamente parecidas, como son los Servicios Médicos de la empresa”

obtener un logro común⁶⁰⁸. Siguiendo esta definición, el SPM sería la puesta en común de bienes y recursos de varias empresas cuya finalidad es la creación de una modalidad de organización de la prevención, entendida como conjunto de medios humanos y materiales, que les prestará el servicio necesario para el cumplimiento de su obligación de prevención, con las mismas garantías que si lo hiciera a través de las otras fórmulas previstas en la norma, pero mejorando el coste que ello les supondría. De facto, el propio hecho de que se trate de una mancomunidad no debería tener ningún efecto diferente sobre la prevención de riesgos de cada una de las empresas, ni sobre el régimen de funcionamiento del servicio en lo que tiene que ver con las funciones como servicio de prevención; y en aquello que lo pudiera tener, el art. 21 RSP se encarga de dar un posible respuesta o solución. Por tanto, la condición de estos servicios como mancomunados, lo que va a hacer es fijar el propio régimen jurídico de las obligaciones y responsabilidades que se generan entre las empresas que conforman el servicio. Las obligaciones mancomunadas son aquellas en las cuales el deber de prestación tiene que ser cumplido conjuntamente por todos los deudores, y la obligación que nace, ser exigida del mismo modo por todos los acreedores. Así pues, cuando la pluralidad de sujetos conduce a una comunidad⁶⁰⁹, las deudas generadas se atribuyen en común al grupo y todos los sujetos son acreedores o deudores de la totalidad (art. 1139 y 1150 CC). Pero se admiten diferentes opciones en cuanto a la forma jurídica que revisten estas uniones. Las empresas que deciden formar un servicio de prevención pasan a ser titulares de manera conjunta de la comunidad de bienes, cuando el SPM no tiene personalidad jurídica; o pasan de manera conjunta a ser titulares de la sociedad que se forma, cuando el SPM tiene personalidad jurídica; Así pues, el SPM pertenecerá a la colectividad, configurándose las empresas como deudores de la totalidad de la prestación⁶¹⁰.

3.1. El Servicio de Prevención Mancomunado como modalidad organizativa propia especial.

3.1.1. Existencia o no de personalidad jurídica propia.

El art. 21.3 RSP permite que el SPM pueda tener o no personalidad jurídica propia es decir, que o bien se constituye como una entidad societaria en la que se integrarían las

⁶⁰⁸ Definición dada por el Diccionario de la Real Academia de Lengua Española.

⁶⁰⁹ En contraposición con la pluralidad cuando conduce a la fragmentación (obligaciones parciarias) o cuando la pluralidad conduce a la solidaridad (obligaciones solidarias) DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial II. Las Relaciones Obligatorias*, 6ª. Ed., Madrid, Civitas, 2008, pp. 198

⁶¹⁰ Ibidem., pp. 211-212. Se podría aplicar a los SPM, respecto de terceros, la doctrina sobre el régimen jurídico de la mancomunidad de créditos donde los derechos de crédito pertenecen consorcialmente a un grupo y han de ser conjuntamente ejercitados. Existe una titularidad común sobre el derecho de crédito al que se le aplicarían las normas que regulan la comunidad de bienes, donde hay un propiedad común sobre los derechos.

diversas empresas interesadas en el servicio teniendo, en este supuesto, el SPM personalidad jurídica propia y diferenciada de la de las empresas que lo constituyen, o bien, a través de algunas de las fórmulas permitidas por la ley a través de las cuales se pueden unir varias personas jurídicas configurando una entidad sin personalidad jurídica propia. Por lo que se refiere a las entidades conformadas con personalidad jurídica propia, aparece jurídicamente una nueva sociedad, que como persona jurídica puede adquirir toda clase de bienes, así como contraer obligaciones y tener responsabilidades (art. 37 y 38 CC). La primera gran consecuencia de la existencia de persona jurídica es la de que, obviamente, al existir como tal, debe tener una denominación concreta y capacidad jurídica autónoma de la que disfruta como sociedad separada del resto. En segundo lugar, las personas jurídicas tienen necesidad de disponer de un domicilio y una nacionalidad; y por último, hay que aludir a la existencia de un patrimonio propio de la persona jurídica, diferenciado de los patrimonios de las empresas que lo constituyan, que sirve para el cumplimiento de sus fines, para soportar sus deudas y responsabilidades⁶¹¹. Esta entidad societaria podrá tener la forma jurídica que decidan las partes.

Otra de las opciones que habría que plantearse es si estos SPM se pueden crear como asociaciones o fundaciones laborales. La respuesta debe ser positiva en ambos casos. Por lo que se refiere a las asociaciones, éstas, reguladas en el art. 35 CC y en la Ley 1/2002, de 22 de marzo reguladora del derecho de asociación, son entidades con personalidad jurídica propia cuya finalidad es la unión de varias personas físicas o jurídicas que se comprometen a poner en común conocimientos, medios y actividades para conseguir unas finalidades lícitas, comunes, de interés general o particular, dotándose de unos Estatutos que rigen su funcionamiento interno. Además su constitución requiere de un acuerdo de constitución, que se enuncia como tal en la Ley, siendo el mismo nombre que recibe el de configuración de un SPM.

Por lo que se refiere a las Fundaciones Laborales, su regulación, en la actualidad, es la correspondiente a la regulación general de las Fundaciones, donde quedan enmarcadas. Se trata de la Ley 50/2002 de 26 de diciembre de Fundaciones. Al contrario de lo que ocurre con la Asociación, la fundación se caracteriza, no por la unión de personas, sino por la creación de una organización que gestiona un patrimonio que persigue un fin y que tiene que ser necesariamente de interés general. Así pues, tres son las características que deben darse para que se pueda formar una asociación: a) Disponibilidad de un patrimonio que busca la consecución del fin general; b) gestión del patrimonio por una organización de medios; c) ausencia de ánimo de lucro y fin de interés general que beneficie a un colectivo genérico de

⁶¹¹ Se admiten algunas excepciones por el ordenamiento jurídico a esta última características de la personalidad jurídica pudiendo afectar también el patrimonio de las personas físicas integrantes en los casos de los socios de la sociedad civil, donde la situación es algo peculiar, derivada del carácter imperfecto predicable de esta concreta persona jurídica.

personas⁶¹². A tenor de lo dispuesto en el art. 3.2 de esta Ley, *“la finalidad fundacional debe beneficiar a colectividades genéricas de personas. Tendrán esta consideración los colectivos de trabajadores de una o varias empresas y sus familiares”*. Dos consideraciones hay que hacer sobre esta regulación. En primer lugar, la referencia a los trabajadores debe ser considerada una colectividad genérica de personas, y el segundo, que la creación de un SPM a través de una fundación es parte del contenido de las actividades que puede realizar una fundación laboral, y por tanto, del fin fundacional que busca el interés general⁶¹³. La protección de la seguridad y la salud de los trabajadores se erigen como el interés general en este caso, y el SPM es el medio que deciden usar las empresas que crean la fundación para realizar las actividades de prevención que buscan ese fin. Por tanto, a priori, no habría ningún problema en considerar que la Fundación es una de las formas jurídicas a través del cual se constituyese el SPM⁶¹⁴.

Además, otras razones permiten argumentar una posición a favor de la creación de SPM con base fundacional. La primera, que en el derogado Decreto 446/1961, de 16 de marzo, por el que se crean las Fundaciones Laborales, se establecía expresamente como función dentro de la obra asistencial de las Fundaciones Laborales, los servicios de médicos de empresas y centros de asistencia sanitaria, por lo que la lógica sería perfectamente trasladable a los actuales SPM. La segunda razón hay que hallarla en el Informe núm. 423 de 31 de julio de 2006, de Congreso de los Diputados elaborado por la Subcomisión Parlamentaria con el objetivo de potenciar y promover la responsabilidad social en las empresas donde establece como una de las claves estratégicas que las fundaciones laborales pueden encargarse de la promoción de las condiciones de trabajo más allá del mero cumplimiento de la legalidad en materia de seguridad y salud laboral⁶¹⁵.

Cuando se crea el SPM sin personalidad jurídica propia hay que tener en cuenta que al no existir persona jurídica como tal, no hay patrimonio social unificado, sino, en su caso, una serie de bienes en copropiedad destinados, en este caso a realizar los servicios de prevención. Por ello, en puridad tampoco existirá un patrimonio autónomo diferenciado, sino que únicamente tendremos los patrimonios de los socios, y dentro de los mismos, ciertos bienes destinados a esta finalidad. No tener

⁶¹² GONZÁLEZ CUETO, T., *Comentarios a la Ley de Fundaciones (Ley 50/2002, de 26 de diciembre)*, Navarra, Aranzadi, 2003, pp. 61.

⁶¹³ MERCADER UGUINA, J. R., *Las Fundaciones Laborales. Herramientas para canalizar la responsabilidad social empresarial*, Valencia Tirant lo Blanch, 2010, pp. 51-52.

⁶¹⁴ Cuestión diferente aunque posible también es que la Fundación cree una sociedad mercantil dentro de la cual la fundación sean titular de una participación, y con ella se constituya el SPM (art. 24 de la Ley de Fundaciones).

⁶¹⁵ Hasta fechas recientes ha sido un ejemplo de SPM el creado por Fundación San Prudencio. En la actualidad el SPM de esta Fundación se ha desvinculado de la misma y la forma jurídica sobre la que se asienta es ahora una Asociación.

personalidad jurídica conlleva limitar los efectos del contrato, de manera que tan solo existirá un contrato interno entre las partes, sin personificación, por lo que no se podrá predicar de ella una denominación concreta y tampoco habrá necesidad de domicilio. Lo más habitual en estos, para la constitución de un SPM sin personalidad jurídica propia, es que las empresas conformen una comunidad de bienes (art. 392 y ss. CC) en la que el derecho o conjunto de derecho está atribuido a los comuneros, en este caso a las empresas, por cuotas⁶¹⁶. Se trataría del supuesto de una comunidad de bienes de origen negocial (por contraposición al regulado expresamente por una norma), donde el estatuto que se elabora se configura como el acuerdo entre las partes⁶¹⁷. En la comunidad de bienes se produce una situación de cotitularidad que no genera ninguna personalidad jurídica nueva ya que esta existe cuando el derecho corresponde en común a varios sujetos. Desde el punto de vista jurídico laboral resulta importante determinar que la comunidad de bienes, aun sin personalidad jurídica, puede actuar como empresario tal y como ha establecido el art. 1.2 ET. La condición de empresario puede ser asumida por sujetos que no son ni persona física, ni persona jurídica, por lo que la manifestación más típica será la comunidad de bienes. El empresario será la comunidad de bienes y no los comuneros individualmente considerados, aunque estos responderán de las obligaciones contraídas por la comunidad de bienes de forma proporcional a sus cuotas (Art. 393 CC)⁶¹⁸.

3.1.2. El Servicio de Prevención Mancomunado como Servicio de Prevención Propio.

Visto que el SPM puede tener o no personalidad jurídica, y que ello va a determinar la forma que reviste la unión de las empresas y las relaciones jurídicas y económicas entre ellas, resta por decir, por qué se trata de una modalidad organizativa especial desde el punto de vista preventivo. La cuestión que se plantea es que este SPM tendrá la consideración de un SPP para las empresas que lo constituyan, porque así queda

⁶¹⁶ Sobre la configuración jurídica de la comunidad de bienes ver PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, Madrid, Centro de Estudios Registrales, Tomo I, 1999, pp. 481-490

⁶¹⁷ Este acuerdo deberá tener en cuenta una serie de límites: El destino económico de la cosa, de manera que cada comunero puede servirse de la cosa conforme a su destino; el interés de la comunidad no pudiendo perjudicar el interés de la comunidad y el respecto al derecho de los demás comuneros. DIEZ PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, La relaciones jurídico-reales, el Registro de la Propiedad, La posesión*, Navarra, Aranzadi, Tomo III, 5ª. Ed., pp. 1029-1030.

⁶¹⁸ Sobre el empresario comunidad de bienes ver PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., *Empresarios desprovistos de personalidad jurídica: las comunidades de bienes*, Revista Española de Derecho del Trabajo, Civitas, núm. 2, 1980, pp. 217-229. En este artículo el autor hace un análisis de los supuestos en los que puede existir comunidad de bienes como empresario: las comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal, agrupaciones temporales de empresas y las asociaciones sin personalidad jurídica del sistema tributario. También se puede ver CAMPS RUIZ, L. M., "Concepto laboral de empresario", en AA.VV. *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, Madrid, Edersa, Tomo I, 1990.

expresamente establecido en el art. 21.3 RSP, pero para poder constituirse deben cumplir los requisitos de una SPA, por lo que respecto de algunas cuestiones se trata de un SPM más próximo al SPA que al SPP. Esto es lo que ha llevado a que la doctrina haya considerado que se trata de un servicio de prevención de naturaleza híbrida. Sin embargo, varias son las razones que llevan a entender que este SPM debe ser considerado como un SPP. La jurisprudencia, además, ha entendido que se trata de un SPP. Así, en la STSJ de 23 de noviembre de 2004 (R°. 955/2004, sala de lo social), cuando con ocasión de un supuesto en el que se valoraba la existencia de cesión ilegal de trabajadores, el tribunal entendió, en el Fundamento Jurídico Segundo, que el servicio mancomunado era un SPP y que debía funcionar como tal⁶¹⁹. Pero además, se puede extraer del confuso art. 21 RSP otras razones que llevan considerar que este SPM es un SPP, pese a que algunas cuestiones puedan quedar dentro de la esfera de regulación del SPA. Aunque todas se verán a lo largo de las próximas páginas, hay que anticipar las características que tiene el SPM de los SPP y las características que tiene el SPM de los SPA.

Por lo que se refiere a las características que hacen coincidentes el SPM y el SPP, se encuentra en primer lugar, el que sólo puedan prestar servicio a las empresas participantes que se unan como parte de la constitución del SPM, por lo que no podrá hacerlo respecto de terceros que pudieran actuar como clientes independientes (art 21.4 RSP), como ocurre con los SPA. En segundo lugar, estos SPM deben constituirse con tres especialidades preventivas, y para ser un SPA necesariamente deben tener las cuatro, y en un SPP, tan sólo deberán tener dos. En tercer lugar, las empresas que constituyen el SPM deberán pasar las auditorías reglamentarias correspondientes cumpliendo los requisitos sobre esta materia recogidos en el RSP. Así se deriva de una interpretación conjunta de los preceptos que regulan el SPM y las Auditorías, pero además, la jurisprudencia en su STSJ de Madrid de 22 de julio de 2004 (R°. 1285/2001, sala contencioso-administrativa) viene a recordar que no es el SPM el que debe pasar la auditoría estrictamente, sino que serán las empresas las que deben pasar la auditoría de prevención porque se medirá el cumplimiento de las obligaciones de prevención por parte de las mismas, y no sólo si el modelo organizativo es el adecuado⁶²⁰. Por último, los SPM no podrán subcontratar con otras empresas servicios

⁶¹⁹ La STSJ de Cantabria de 23 de noviembre de 2004 (R°. 955/2004, sala de lo social), que establece que: *“el servicio mancomunado desde la perspectiva jurídica tiene el carácter de servicio de prevención propio, si bien desde un punto de vista funcional, se aproxima más a un servicio de prevención ajeno, pues sus actividades se realizan para que sean compartidas por dos o mas empresas asociadas expresamente para esta finalidad”*.

⁶²⁰ Si el SPM tiene la consideración de SPP para cada empresa que lo constituya, cada una será responsable de someter su sistema de prevención al control de una auditoría externa. Si una empresa no realiza la auditoría será responsable del incumplimiento (art. 12.20 LISOS) y ello independientemente de que el modelo organizativo sea una mancomunidad de servicios. Así pues, no sería posible alegar la existencia de una sanción única con responsabilidad solidaria de las empresas que forman el SPM cuando no se ha llevado a cabo la auditoría reglamentaria, pese a la existencia de esta mancomunidad

que pudieran ser necesarios para el desarrollo de las actividades preventivas, por lo que sólo podrán hacerlo con SPA. Así, respecto de la especialidad preventiva que no hayan constituido tendrán que hacerlo con un SPA, y respecto de la actividad sanitaria de la especialidad de medicina, en todo caso deben ser entendidos como SPP a efectos de subcontratación cuando sea necesario por razones de lejanía (art. 9.2 RD 843/2011, de 17 de junio), no pudiendo ser parte de los acuerdos de colaboración que los SPA sí que pueden realizar (art. 6 RD 843/2011, de 17 de junio).

Por lo que se refiere a las características que hacen coincidentes el SPM con el SPA, como ya se ha dicho, se encuentra la aplicación de los mismos criterios sobre la determinación de los recursos humanos y materiales, aunque la propia normativa prevé la necesidad de hacer ciertas adaptaciones de los recursos en función de las actividades de las empresas que constituyen el SPM. Y además, se ha previsto, que para ciertos supuestos concretos, la constitución del SPM quede controlada, en cierta forma, por la autoridad pública competente a través de la comunicación que con carácter previo debe realizar el SPM. Estas dos cuestiones, permiten afirmar que la evolución normativa del SPM va tomando un cierto matiz de servicio externo alejándose cada vez más de la propia configuración como servicio interno de la empresa. Sin embargo, todavía son muchas las razones de peso que lo colocan como un servicio interno o propio de la empresa. Además, esta consideración, permitiría justificar el elemento de la internalización de la prevención en la empresa, como cumplimiento adecuado de la obligación de organización de la prevención de las empresas.

3.2. Criterios para la Constitución del Servicio de Prevención Mancomunado.

La creación o constitución de un SPM solo puede realizarse cuando entre las empresas que deciden hacerlo existe una circunstancia común que les permite la configuración de este tipo de organización preventiva. Es decir, es necesario que exista un nexo entre las empresas que haga que todas ellas se encuentren próximas en base a esa circunstancia⁶²¹. El legislador establece en el art. 21.1 RSP que se podrá constituir un servicio de prevención cuando a) las empresas se encuentren ubicadas en un mismo espacio (unidad inmobiliaria); b) cuando hay cercanía geográfica (polígono industrial o área geográfica limitada); c) cuando realicen actividades económicas iguales o similares, es decir pertenezcan a un mismo sector productivo; y d) cuando haya vínculos jurídicos o económicos entre ellos, y más concretamente cuando hay un grupo de empresas.

Este nexo que las une es requisito imprescindible no sólo en el momento inicial de constitución, sino también a lo largo de la vida de cualquiera de las empresas que lo

⁶²¹ GARRIGUES GIMENEZ, A., *La organización de la prevención en la empresa*, Universidad Jaume I, 1997 pp. 336-337.

forman. Es decir, que si una empresa cambia su centro de trabajo a otro lugar geográfico, o cambia de actividad empresarial y deja de pertenecer al sector, o deja de formar parte del grupo empresarial, entonces cesa la razón o circunstancia que le permitía beneficiarse de este tipo organizativo y se impone la constitución de un nuevo sistema de organización de la prevención⁶²² o la adhesión, si fuera el caso, a un diferente SPM donde quede justificada un nuevo nexo de unión para formar parte de otra mancomunidad de empresas que han formado un SPM.

Hay un elemento común que debe concurrir en cualquiera de los nexos que hacen posible la creación del SPM. En todos los casos se debe garantizar la operatividad y eficacia del servicio en los términos previstos en el apartado 3 del art. 15 RSP, esto es, que se tenga en cuenta la ubicación de los distintos centros en relación con la ubicación del servicio, a fin de asegurar la adecuación de los medios de dicho servicio a los riesgos existentes. Como se puede observar en este caso no se condiciona la creación del SPM ni al tamaño de la empresa ni a la peligrosidad de la misma, tan sólo habría que tener en cuenta que efectivamente el SPM realiza su actividad de manera operativa y eficaz, algo para lo que indirecta y necesariamente habrá de tenerse en cuenta esos otros criterios. La literalidad del precepto atribuye únicamente este requisito a los servicios mancomunados que se crean para un mismo centro de trabajo, edificio o centro comercial (art. 21.1 primer párrafo RSP). Sin embargo, no se podría entender que en el resto de los supuestos no se deba garantizar la operatividad y eficacia del servicio conforme a lo establecido en el art. 15.3 RSP, ya que el SPM como SPP debe actuar conforme a las previsiones que se hacen de estos SPP, y además, en los casos de sectores de actividades, grupos empresariales y polígono industrial o área geográfica limitada, se plantea con mayor fuerza el problema de la dispersión espacial, razón de más para que se garantice con el servicio la eficacia en la prestación del servicio, y para que se pueda determinar, en caso contrario, que una empresa no forme parte de un SPM⁶²³. El tipo de nexo que las une, no es criterio para hacer más o menos exigente el requisito de la operatividad y eficacia del servicio⁶²⁴. Un interpretación contraria conlleva al erróneo convencimiento de que son más laxos los requisitos exigidos para las empresas que se unen en el ámbito de un sector económico o en grupo de empresas o cuando se trata de empresas próximas geográficamente que cuando se trata de un SPM creado para empresas que comparten un mismo centro de trabajo, edificio o centro comercial, ya que se entendería una mayor dificultad para su funcionamiento.

Por lo que se refiere a los instrumentos a través de los cuales se puede crear el SPM se recoge por un lado, que se haga a través de la negociación colectiva, ya sea vía

⁶²² DIAZ MOLINER, R., *Derecho de Prevención de Riesgos Laborales*, op. Cit., pp. 116.

⁶²³ MORENO MÁRQUEZ, A., *Los servicios de prevención*, op. Cit., pp. 53.

⁶²⁴ En contra de esta opinión y a favor de la literalidad de la norma DIAZ MOLINER, R., *Derecho de Prevención de Riesgos Laborales*, op. Cit., pp. 116.

convenio colectivo, ya sea vía acuerdo del art. 83.3 ET; y por otro, y en defecto de negociación colectiva, admite que se haga de manera unilateral por parte de las empresas que decidan constituirlo. En este último caso, hay que tener presente, que la falta de acuerdo no es óbice para que el empresario tenga que realizar la consulta con los representantes de los trabajadores. Ahora bien, hay que hacer una importante diferenciación. La previsión sobre estos instrumentos para acordar la creación de un SPM sólo se ha recogido por el art. 21 RSP para los casos en los que se vaya a constituir entre empresas que pertenecen al mismo sector, mismo grupo empresarial o para los casos en los que desarrollen sus actividades en el mismo polígono industrial o área geográfica limitada, pero no para los casos en los que se constituyan entre empresas que desarrollan sus actividades simultáneamente en un mismo centro de trabajo, edificio o centro comercial, en los que se entiende, por tanto, que los SPM serán creados por decisión de las propias empresas.

Concretando esos instrumentos que el legislador ha establecido como formas de acordar la constitución del SPM, hay que distinguir, a priori, entre la negociación colectiva y los acuerdos del art. 83.3 ET. Por lo que se refiere a la negociación colectiva, y entendiendo esta como un proceso formalizado de dialogo entre representantes de los trabajadores y empresarios, encaminado, en ejercicio de su autonomía colectiva, a la consecución de un convenio colectivo o acuerdo regulador de las relaciones entre ambos⁶²⁵, habrá que entender que a través de cualquier pacto colectivo se podría articular el acuerdo de constitución del SPM. Dos razones permiten justificar tal opción normativa. La primera, la propia definición de negociación colectiva, que como derecho reconocido constitucionalmente en el art. 37.1 CE, debe admitir cualquier tipo de proceso continuado y de permanente contacto entre las partes sociales⁶²⁶, siendo algo mucho más amplio que el concreto resultado de un convenio colectivo⁶²⁷. Como resultado de la negociación colectiva aparecen distintos tipos de convenios y pactos colectivos, y por tanto, cualquiera de ellos puede ser instrumento

⁶²⁵ MERCADER UGUINA, J. R., *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 8ª ed., 2015, pp. 101-102. A estos efectos recordar que el derecho de negociación colectiva es un derecho que corresponde no sólo a los representantes sindicales como parte del contenido de su libertad sindical, sino también a la representación unitaria de las empresas (STC 134/1994, de 9 de mayo). MONEREO PEREZ, J. L., y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., *La libertad sindical en la doctrina del Tribunal Constitucional*, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, núm. 73, 2008, pp. 247-248.

⁶²⁶ STC 58/1985, de 30 de abril; STC 73/1984, de 27 de junio. Un resumen ejemplificador de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la negociación puede verse en ALZAGA RUIZ, I., *La negociación colectiva en la doctrina del Tribunal Constitucional*, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, núm. 73, 2008, pp. 316

⁶²⁷ La negociación colectiva se manifiesta en la mayor parte de las ocasiones a través de convenios colectivos estatutarios, convenios colectivos extraestatutarios, acuerdos marco profesionales, acuerdos sobre materias concretas y acuerdos de Empresa. Pero también se pueden encontrar otros productos de la negociación colectiva, como pueden ser los acuerdos previsto en los arts. 8 y 24 del Real Decreto Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, o incluso los acuerdos de interés profesional de los trabajadores autónomos económicamente dependientes regulados en la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo

apto para acordar la creación del SPM. La segunda de las razones, es la que justifica precisamente el uso del término negociación colectiva, y no, por ejemplo, convenio colectivo con eficacia normativa y general. Se ha usado el termino más general porque en todo caso, se puede crear el SPM por decisión propia de las empresas, sin necesidad de que tengan que ser acordadas finalmente con los representantes de los trabajadores, razón que se justifica en el hecho de que la creación de esta organización de la prevención tiene su fundamento en una obligación legal.

El segundo de los instrumentos que el RSP establece es el acuerdo a través del art. 83.3 ET que establece que las organización sindicales y asociaciones empresariales más representativas *“podrán igualmente elaborar acuerdos sobre materias concretas. Estos acuerdos, así como los acuerdos interprofesionales a que se refiere el apartado 2, tendrán el tratamiento de esta ley para los convenios colectivos”*. No se entiende bien la razón por la cual el legislador ha incluido como un supuesto diferente de la negociación colectiva el acuerdo del art. 83.3 ET cuando ha quedado claro que la negociación colectiva comprende todos los acuerdos o pactos a los que lleguen empresarios y trabajadores en el marco de las negociaciones sobre condiciones laborales. Cosa diferente será el valor y el alcance jurídico que tendrán esos pactos. En todo caso, lo que si resulta más acorde con la materia que se está tratando, es que los acuerdos sobre materias concretas puede ser una vía adecuada para formalizar la creación de los SPM entre las empresas que puedan constituirlo. Este precepto queda referido a pactos sobre cuestiones monográficas, diferenciándose así de los convenios colectivos que regulan una pluralidad de aspectos de las condiciones de trabajo.

Lo importante, no obstante, es determinar que en los casos en los que se acuerde la constitución de un SPM a través de esta vía, la del art. 83.3 ET, los sujetos negociadores serán los mismos que los establecidos para los acuerdos marco, es decir, que solo podrán ser las asociaciones empresariales y organización sindicales más representativas de carácter estatal o de comunidad autónoma⁶²⁸, y aquellos sindicatos y

⁶²⁸ La mayor capacidad representativa de las asociaciones empresariales se mide, de acuerdo con la DA. 6.^a ET, atendiendo a dos parámetros: volumen de trabajadores ocupados y densidad organizativa (número de empresas afiliadas). Así, se entenderá que gozan de esta capacidad representativa las asociaciones empresariales que cuenten con el 10% o más de las empresas y trabajadores en el ámbito estatal. En relación con las asociaciones empresariales de Comunidad Autónoma, para que puedan acceder a esta condición deben cumplir los siguientes requisitos: contar con un mínimo del 15% de los empresarios y trabajadores, si bien no estarán comprendidas en este supuesto las asociaciones empresariales que estén integradas en federaciones o confederaciones de ámbito estatal. Del lado de los trabajadores, los Sindicatos más representativos a nivel estatal, esto es, los sindicatos que han obtenido el 10% o más de delegados de personal, de los miembros de los comités de empresa y de los correspondientes órganos de las Administraciones públicas (artículo 6.2.a) LOLS). En la actualidad, los dos únicos sindicatos que ostentan esta condición, como es sabido, son CC.OO. y UGT. Igualmente, los sindicatos más representativos a nivel de Comunidad Autónoma, esto es, los sindicatos que, sin estar afiliados a federaciones o confederaciones de ámbito estatal, hayan obtenido el 15% de los representantes unitarios en el territorio de esa Comunidad, siempre que hayan obtenido, al menos, 1.500 representantes (artículo 7.1 LOLS).

asociaciones empresariales que cuenten con la legitimación necesaria de acuerdo con el ET, esto es, a los mismos sujetos que se encuentran legitimados para negociar convenios colectivos sectoriales de acuerdo con lo establecido en el art. 87.2 y 3 ET⁶²⁹, excluyéndose de este modo a todos aquellos representantes que no reúnan estas condiciones, y siempre teniendo presente que la legitimación para el supuesto de grupos de empresas (art. 87.1 y 2 ET) queda regulada de manera concreta y no coincidente con la del art. 83.3 ET, como se verá el correspondiente apartado del análisis de los grupos de empresas.

Vistos los requerimientos generales para la configuración de los SPM, queda ahora por establecer cada una de los vínculos que deben concurrir en las empresas para que se puedan agrupar con el objetivo este tipo de organización preventiva. En primer lugar, se verá el supuesto de empresas que desarrollen simultáneamente actividades en un mismo centro de trabajo, edificio o centro comercial y aquellas que desarrollen sus actividades en un mismo polígono industrial; en segundo lugar, se analizará el supuesto de empresas que pertenecen a un mismo sector productivo; y por último, el caso concreto de los grupos de empresa.

3.2.1. Criterio de proximidad espacial o cercanía geográfica.

El vínculo de la proximidad física o geográfica se manifiesta a través de dos supuestos diferentes en la norma⁶³⁰. Así en el art. 21.1 RSP en su primer párrafo establece la posibilidad de constituir servicios de prevención mancomunados en empresas que desarrollen su actividad en un mismo centro de trabajo, edificio o centro comercial, y en su segundo párrafo, establece la misma posibilidad para empresas que desarrollen su actividad en un mismo polígono industrial o en una misma área geográfica limitada.

⁶²⁹ Del lado de los trabajadores serían los sindicatos que tienen la condición de suficientemente representativos, es decir, que cuenten con un 10% o mas de audiencia electoral en un ámbito territorial y funcional específico (art. 7.2 LOLS), siempre que tengan capacidad de negociar en dichos ámbitos (art. 87.2 c) ET). Del lado de los empresarios, las asociaciones empresariales que en el ámbito geográfico y funcional del convenio a negociar cuenten, al menos, con el 10% de los empresarios, en el sentido del artículo 1.2 ET, es decir, de los empleadores que dispongan de trabajadores dependientes. Se exige, además, que tales empresarios afiliados den ocupación también, al menos, a igual porcentaje de trabajadores afectados (artículo 87.3.c) ET). Legalmente se otorga también legitimación inicial a aquellas asociaciones empresariales que en dicho ámbito den ocupación al 15% de los trabajadores afectados. Igualmente, resultará de aplicación en estos casos la regla según la cual: en aquellos sectores en los que no existan asociaciones empresariales que cuenten con la suficiente representatividad, en los términos anteriormente expresados, estarán legitimadas para negociar los correspondientes convenios colectivos de sector las asociaciones empresariales de ámbito estatal que cuenten con el 10% o más de las empresas o trabajadores en el ámbito estatal, así como las asociaciones empresariales de Comunidad Autónoma que cuenten en ésta con un mínimo del 15% de las empresas o trabajadores.

⁶³⁰ La proximidad geográfica es el nexo que subyace en los dos supuestos previstos en la norma. Así, lo ha considerado la Dirección General de Empleo en su respuesta a la consulta que le dirige ASPA y que tiene núm. de referencia DGE-SGON-370AV, realizada el 1 de abril de 2013, en línea: <https://docs.google.com/file/d/0B4LzdQPeqZFweVBNQmtwUUxWTDg/edit>

Por tanto, y pese a que el criterio común es el espacial, se trata de dos supuestos algo diferentes, regulados en apartados distintos. En el primer caso, se trata de un criterio basado en la unicidad inmobiliaria, según el cual las empresas comparten simultáneamente un mismo espacio físico, y en el segundo caso, se potencia más el aspecto de la vecindad⁶³¹, según el cual las empresas comparten una cierta proximidad geográfica, y eso es lo que hace que puedan tener en común la prestación de algunos servicios.

El problema que se puede plantear es la falta de determinación de la norma cuando hace referencia al “polígono industrial” y al “área geográfica limitada”. Resulta complicado fijar los límites a las empresas cuando deciden a mancomunarse con otras para constituir un SPM y el criterio que las une puede ser este, teniendo en cuenta que podría ser un criterio muy amplio o muy restrictivo y ello gira en torno al concepto que se haga de estas referencias. En tal caso, es necesario establecer qué se entiende por polígono industrial y por área geográfica limitada. Por lo que se refiere al concepto de polígono industrial, no se encuentra una definición única a través de la cual fijar los límites del uso de los SPM en estos casos⁶³². Y es que polígono industrial no es más que un espacio donde se agrupan una serie de actividades industriales que se ubican sobre un suelo urbano o urbanizable que es calificado como suelo industrial, y que depende de su determinación en cada comunidad autónoma o entidades locales, puesto que se trata de una materia que no es competencia estatal. Lo que sí que hay que destacar es que polígono industrial es un término que empieza a quedarse un tanto obsoleto por cuanto ahora se habla de áreas empresariales o parques industriales, que están sustituyendo las tradicionales formas de organización y ubicación geográfica de las empresas⁶³³. En lo que aquí interesa, deben considerarse conceptos equivalentes, ya que no importan tanto el objeto empresarial de estas entidades sino su cercanía.

⁶³¹ DIAZ MOLINER, R., *Derecho de Prevención de Riesgos Laborales*, op. Cit., pp. 116

⁶³² El Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) elabora un concepto de polígono industrial muy general con ocasión del informe que elabora el Tribunal de Cuentas sobre la legalidad de los proyectos cofinanciados: Informe 7/1999, de 9 de marzo. Aquí se establece que Polígono industrial es “*la zona industriales o artesanal, cuyas parcelas ordenadas, generalmente, se venden sin edificar a empresas. En algunos casos, estas zonas contienen edificios, como por ejemplo "viveros", destinados a acoger temporalmente empresas así como servicios de oficina compartidos o, incluso, "edificios provisionales" para empresas que aún no pueden o no quieren efectuar gastos de instalación. Estas zonas y, en su caso, los edificios que las ocupan se englobarán bajo el concepto de "polígono industrial"*”.

⁶³³ Un análisis de los distintos tipos de polígonos ubicados en la comunidad de Madrid, puede verse en un estudio reciente RIO DE LA FUENTE, I. y ABAD ARAGÓN, D., *Los polígonos industriales tradicionales como paradigmas de espacios inconclusos. Ejemplos en el municipio de Madrid*, Comunicación presentada al XII coloquio y trabajos de campo del grupo de geografía urbana celebrado del 11 al 14 de julio de 2014. Hay varios tipos de polígonos: los polígonos cercanos al área central de la ciudad, bien comunicados y con el valor del suelo muy revalorizado, que han desaparecido y en su lugar han surgido nuevos barrios residenciales, que dan continuidad a la imagen, eminentemente residencial, del centro urbano. Otros polígonos no han desaparecido, pero sus establecimientos productivos originales y estructuras físicas sí, dando lugar a áreas de actividad económica renovadas y ambientalmente mejoradas para acoger actividades terciarias de alto y medio nivel. Por último, están los polígonos industriales que conservan no tanto la actividad industrial como las características físicas, ambientales y

En relación al concepto de área geográfica limitada la Asociación Nacional de Entidades Preventivas Acreditadas entiende que es la constituida por un territorio de un municipio o incluso la suma de varios polígonos industriales dentro de un mismo municipio, por lo que tal noción de área geográfica⁶³⁴ es identificada con el municipio. En esta misma línea la Instrucción 1/2011 de la Dirección General de Relaciones laborales y calidad en el trabajo de Cataluña, entiende que área geográfica no tiene que superar municipios limítrofes entre sí⁶³⁵. Esta identidad es válida, como podrían serlo otras, ya que se está ante un concepto en el que caben muchas opciones interpretativas. Sin embargo, parece razonable atender a la propia idea de polígono industrial⁶³⁶ para no admitir una interpretación que pudiera llevar a incluir empresas en las que no concurra el aspecto de vecindad, que es el perseguido por la norma. En este caso, la vecindad se puede manifestar cuando las empresas comparten espacios que suelen contar con una serie de servicios comunes como pueden ser el abastecimiento de energía eléctrica, abastecimiento de agua para los distintos usos, incluso servicios de vigilancia, de mantenimiento, de gestión de residuos, salidas y accesos comunes, instalaciones con ciertas similitudes en su construcción etc. Y es esto, precisamente lo que puede permitir hacer un concepto el área geográfica limitada al que se refiere el art. 21.1 RSP y que hace razonable la existencia de un SPM.

Partiendo de la base de que la norma relaciona el concepto de área geográfica con el de polígono industrial, se debe considerar que la zona geográfica donde puede actuar el SPM queda limitada a los criterios de cercanía y vecindad, donde, siguiendo lo establecido por Asociación Nacional de Entidades Preventivas Acreditadas y por la Instrucción 1/2011 de la Dirección General de Relaciones laborales y calidad en el trabajo de Cataluña, el municipio se toma como referente para poner los límites a la actuación de un SPM cuando se crea en virtud de este criterio de proximidad geográfica.

paisajísticas originales. Estos polígonos suelen localizarse en los barrios socialmente más débiles de la ciudad, les acompañan otros espacios que son herencias industriales previas o coetáneas y, además, acumulan los efectos negativos de las sucesivas crisis productivas e inmobiliarias, problemas que apenas se contrarrestan con políticas de renovación física y funcional y de mejora urbana.

⁶³⁴ Informe elaborado por ANEPA en diciembre de 2013 donde hace una breve explicación de las características actuales de los SPM y lo SPP http://www.anepe.net/component/docman/doc_download/64-2013-12-29-servicios-de-prevenci%C3%B3n-propios-y-mancomunados.html?Itemid=

⁶³⁵ Instrucción 1/2011 de la Dirección General de Relaciones laborales y calidad en el trabajo de Cataluña, de 23 de marzo de 2011, que se da sobre la aplicación a los SPA y SPM de la aprobación del RD 337/2010, de 19 de marzo y de la Orden TIN/2504/2010, de 20 de septiembre, en línea: <https://docs.google.com/file/d/0B4LzdQPeqZFwMI9YV2JRdW9jenc/edit>

⁶³⁶ Así lo ha entendido el Informe de Criterios Técnicos (CT 201402a) elaborado por la Consejería de Economía, Industria, Turismo y Ocupación del Instituto de Valencia de Seguridad y Salud en el trabajo (INVASSAT), que entiende que *polígono industrial y área geográfica limitada deben ser entendidos como conceptos análogos. Las áreas geográficas limitadas son asimilables a los polígonos industriales y así, bajo aquel concepto caben los parques empresariales, los polos industriales las áreas portuarias, los aeropuertos, etc.*

3.2.2. Criterio de proximidad en términos de actividad: empresas pertenecientes al mismo sector productivo.

El segundo de los nexos de unión de las empresas para formar un SPM es precisamente la identidad en la actividad que desarrollan. Así se configuran los SPM de sector. Los sectores productivos se conciben como las distintas ramas o divisiones de la actividad económica, atendiendo al tipo de proceso que se desarrolla. Se distinguen en la actualidad cinco grandes sectores denominados primario, secundario, terciario, cuaternario y quinario⁶³⁷. Sin embargo, aquí resulta más razonable acudir a un concepto de sector de productivo entendido como actividad económica, ya que, esto permitiría la creación razonable de un mayor número de SPM y respecto a actividades algo más concretas. Por ello, puede resultar conveniente acudir al Código CNAE 2009, y tener en cuenta las actividades a dos dígitos⁶³⁸. Esta solución ofrece una seguridad jurídica para las empresas que quieran unirse en torno a la creación del citado servicio.

En este caso no existe limitación espacial, sino que lo que debe confluir son los riesgos derivados de la misma actividad productiva. Bien es cierto que no se produce ningún límite geográfico, por lo que, a priori podrían unirse todas las empresas del sector que haya creado ese SPM, sin embargo, y salvo que el servicio cuente con los medios para atender a cualquier empresa del sector independientemente de su ubicación, lo razonable será que exista una limitación geográfica derivada, no de una limitación legal, sino de la posibilidad de la prestación de los servicios de prevención de manera suficiente y adecuada.

El RD 337/2010, de 19 de marzo, ha introducido un nuevo párrafo en el art. 21.1 RSP para establecer que las empresas que estén obligadas a constituir un SPP (tengan más de 500 trabajadores o más de 250 trabajadores en empresas peligrosas) no puedan

⁶³⁷ El sector cuaternario es un sector de reciente concepción que complementa a los tres sectores tradicionales, con actividades relacionadas con el valor intangible de la información, abarcando la gestión y la distribución de dicha información. Dentro de este sector se engloban actividades especializadas de investigación, desarrollo, innovación e información. Este nuevo enfoque surge del concepto de sociedad de la información o sociedad del conocimiento, cuyos antecedentes se remontan al concepto de sociedad postindustrial, acuñado por Daniel Bell: BELL D., *El advenimiento de la sociedad postindustrial*, Barcelona, Alianza Editorial, 2006, 584 p. También se habla de un quinto sector, relativo a los servicios sin ánimo de lucro relacionados con la cultura, la educación, el arte y el entretenimiento. En ocasiones se incluyen actividades relacionadas con la sanidad.

⁶³⁸ Solución también ofrecida en el Informe elaborado por ANEPA, en diciembre de 2013, sobre los SPP y SPM, que se puede ver en línea: http://www.anepe.net/component/docman/doc_download/64-2013-12-29-servicios-de-prevenci%C3%B3n-propios-y-mancomunados.html?Itemid=; y en el Instrucción 1/2011 de la Dirección General de Relaciones laborales y calidad en el trabajo de Cataluña, de 23 de marzo de 2011, que se da sobre la aplicación a los SPA y SPM de la aprobación del RD 337/2010, de 19 de marzo y de la Orden TIN/2504/2010, de 20 de septiembre, en línea: <https://docs.google.com/file/d/0B4LzdQPqZFwMI9YV2JRdW9jenc/edit>

formar parte de un SPM de empresas del mismo sector⁶³⁹. Esta limitación legal puede ser objeto de críticas desde diferentes perspectivas. La primera y principal, es la propia desconfianza del legislador sobre los SPM considerados como SPP. No se llega a entender que si el SPM es un SPP, se tenga que obligar a ciertas empresas a constituir otro SPP, ya que en realidad ya lo tienen constituido. Así que en este aspecto, parece que el legislador está pensando que los SPM son más próximos a los SPA, y por ello, se ve en la necesidad de crear una excepción en virtud de los criterios tradicionales de tamaño y peligrosidad de la empresa. Pero aún más, y aquí la segunda crítica, si esta es la consideración, entonces la prohibición debería haberse producido en todos los supuestos y no sólo respecto a las empresas del mismo sector; sobre todo teniendo en cuenta que, es en estos casos, empresas del mismo sector, precisamente cuando el SPM puede resultar más eficaz, ya que sus técnicos conocerán mejor los riesgos específicos del sector productivo, contarán con una mayor especialización en función de ellos, y se podrán planificar de mejor manera las actividades preventivas⁶⁴⁰ y las medidas a tomar, que serán de manera general, las mismas.

Otra de las razones por las que se puede afirmar que resulta poco operativa una modificación como esta, teniendo en cuenta que estas empresas deben configurar un SPP porque se darían las características que obligarían a ello, es precisamente que estas empresas podrían adherirse a otros SPM en virtud de las otras circunstancias para las que no se ha previsto tal prohibición. Así pues, una empresa de tamaño grande o una empresa que realiza actividades peligrosas con un determinado tamaño podrá constituir un SPM con otras empresas con las que compartan un mismo espacio o próximas geográficamente, o si pertenecen a un grupo de empresas pasará a formar parte de él⁶⁴¹, pero no, curiosamente, no podrá hacerlo con otras empresas del mismo sector con las que comparte actividad y riesgos.

3.2.3. Criterio de proximidad en términos de pertenencia jurídica o vínculos económicos: Los grupos de empresas.

El art. 21 RSP cuando establece la posibilidad de constituir el SPM en grupos de tiene como finalidad su configuración como SPP en cada una de las empresas de ese grupo. En este caso, la regla de la proximidad que se toma en consideración por el legislador no es ni la geográfica, ni la productiva, sino la vinculación económica entre las empresas. Así, pese a la complejidad de la norma en la configuración del SPM, parece

⁶³⁹ MERCADER UGUINA, J. R. y MORENO SOLANA, A., *Calidad del Trabajo y reformas legislativas en materia de seguridad y salud*, Relaciones Laborales, núm. 1, 2010, (versión electrónica)

⁶⁴⁰ De la misma opinión, ALEGRE NUENO, M., *Los servicios de prevención mancomunados, un modelo de organización infrautilizado*, Gestión práctica de Riesgos Laborales, núm. 73, 2010, pp. 51.

⁶⁴¹ MORENO MÁRQUEZ, A. M., “Comentario al artículo 31”, en SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.), *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Navarra, Aranzadi, Thomson-Reuters, 2010, pp. 563-564.

que es donde mayor encaje encuentra este subtipo de modalidad organizativa⁶⁴². Esta última de las opciones no es infrecuente en la realidad empresarial, dando fe de ello, los muchos ejemplos que se pueden hallar en los convenios colectivos⁶⁴³. Sin embargo, el grupo de empresas es en sí mismo una figura jurídica sobre la que merece la pena un cierto detenimiento, especialmente en aquellos aspectos que puedan ser relevantes a los efectos de la configuración en su seno, de un SPM.

A) El grupo de empresas a efectos de la organización de la prevención con un SPM.

Es grupo de empresas o grupo de sociedades aquella forma de unión de empresas en las que, sin perjuicio del mantenimiento de la personalidad jurídica de las sociedades integradas en él, quedan ellas sometidas a una dirección económica unitaria⁶⁴⁴. Dos son las referencias legales con definición que se pueden encontrar de grupos de empresas, ambas del derecho mercantil. Por un lado se encuentra el art. 42 del Código de Comercio⁶⁴⁵ que se basa en el elemento del control que ostenta o puede ostentar una

⁶⁴² ESCUDERO PRIETO, A., *La aplicación de la normativa de seguridad y salud en el trabajo a los grupos de empresa*, Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, núm. 16, 2008, (versión electrónica).

⁶⁴³ En los convenios colectivos se encuentran regulaciones en las que simplemente se hace mención a la existencia del SPM como modalidad organizativa de prevención, o se va un poco más allá de la mención y se hace alguna regulación un poco más detallada: art. 61 del Convenio Colectivo del Grupo de Empresas de Acciona Energía que se registra y publica en la Resolución de 6 de octubre de 2014; el art. 17 del Convenio Colectivo de Endesa Ingeniería S.L que se registra y publica en la Resolución de 20 de octubre de 2014; o el art. 32 del III Convenio Colectivo para el grupo de empresas Maxam que se registra y publica en la Resolución de 23 de diciembre de 2014. La creación convencional de los SPM merece ser destacada en algunos convenios como el Convenio Colectivo Marco del Grupo E. ON España que se registra y publica mediante la Resolución de 20 de enero de 2015, en cuyo art. 84 determina establece las especialidades que el SPM va a cubrir, y respecto de las que no lo hace, establece un procedimiento a seguir para el supuesto de incumplimiento del servicio de prevención ajeno llegado al caso. Además regula la previsible introducción de la medicina del trabajo dentro del servicio mancomunado a través de un compromiso de análisis de las posibilidades. Es destacable también el art. 52.4 del V Convenio Colectivo de Supermercados del Grupo Eroski, registrado y publicado en la Resolución de 13 de mayo de 2013 que establece una organización a través del SPM con las cuatro especialidades, aunque si bien respecto de la medicina del trabajo solo la lleva a cabo de manera parcial ya que tiene concertados convenios de colaboración con servicios de prevención ajenos. La tendencia a la creación de SPM es creciente y así se manifiesta en muchas cláusulas de convenios que establecen o instan a los negociadores a la constitución de un SPM. Tal es el caso, por ejemplo del art. 35 del Convenio colectivo del grupo de empresas JD-Sprinter-Sprinter Megacentros del deporte SL, y JD Spain Sports Fashion 2010 S.L, que se registra y publica en la Resolución de 25 de septiembre de 2014, o el caso del art. 78 Convenio Colectivo de la Compañía Distribución Integral Logística S.A. que se registra y publica en la Resolución de 21 de febrero de 2012, por el que se genera un compromiso de creación de servicio de prevención, o la Disp. Adic. 4ª del II Convenio colectivo del Grupo de empresas Vips que se registra y publica en la Resolución de 14 de noviembre de 2011.

⁶⁴⁴ EMBID IRUJO, J. M., *Introducción al derecho de sociedades*, Granada, Comares, 2003, pp. 26-27.

⁶⁴⁵ El art. 42.1 Código de Comercio establece: “*Toda sociedad dominante de un grupo de sociedades estará obligada a formular las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados en la forma*

sociedad directa o indirectamente sobre otra u otras; y por otro lado, el art. 78.1 de la Ley 27/1999, de 16 de julio de Cooperativas⁶⁴⁶ que elabora un concepto de grupo basado en el elemento de la dirección unitaria. Aunque la definición dada por el Código de Comercio se ha tomado como la definición general en derecho, hay que tener en cuenta que la idea de control permite presumir la dirección unitaria. Así pues, dos son los elementos básicos del grupo de empresas. El primero, que haya una independencia jurídica de sus miembros, y el segundo, que haya una dirección económica unitaria⁶⁴⁷.

La independencia jurídica de sus miembros queda referida a que cada empresa mantiene su autonomía jurídica, por lo que siguen siendo titulares de su propio patrimonio, y siguen estando estructuradas por sus propios órganos. La dirección económica unitaria, implica que las sociedades están sometidas a una política empresarial común⁶⁴⁸. Dependiendo de cómo se lleve a cabo la dirección unitaria hay que distinguir dos tipos de grupos. Los grupos por subordinación y los grupos por coordinación. Por lo que se refiere a los primeros, los miembros están jerárquicamente vinculados a través de un sistema de control que ejerce uno de ellos; por lo que hace a los segundos, no hay una dependencia jerárquica, pero la política común surge a través

prevista en esta sección. Existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras. En particular, se presumirá que existe control cuando una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, en alguna de las siguientes situaciones: a) Posea la mayoría de los derechos de voto. b) Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración. c) Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto. d) Haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. En particular, se presumirá esta circunstancia cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por ésta. Este supuesto no dará lugar a la consolidación si la sociedad cuyos administradores han sido nombrados, está vinculada a otra en alguno de los casos previstos en las dos primeras letras de este apartado. A los efectos de este apartado, a los derechos de voto de la entidad dominante se añadirán los que posea a través de otras sociedades dependientes o a través de personas que actúen en su propio nombre pero por cuenta de la entidad dominante o de otras dependientes o aquellos de los que disponga concertadamente con cualquier otra persona”

⁶⁴⁶ Art. 78.1 de la Ley de Cooperativas establece: “se entiende por grupo cooperativo, a los efectos de esta Ley, el conjunto formado por varias sociedades cooperativas, cualquiera que sea su clase, y la entidad cabeza de grupo que ejercita facultades o emite instrucciones de obligado cumplimiento para las cooperativas agrupadas, de forma que se produce una unidad de decisión en el ámbito de dichas facultades”.

⁶⁴⁷ ARAGÓN MEDINA, J., “Los grupos de empresas como unidad económica dominante”, en BAYLOS GRAU, A. y COLLADO GARCÍA, L., *Grupos de empresas y Derecho del Trabajo*, Madrid, Trotta, 1994, pp. 23 y ss.

⁶⁴⁸ PAZ ARES, C., “Uniones de empresas y grupos de sociedades”, en AA.VV., *Curso de Derecho Mercantil*, Madrid, Civitas, 1999, pp. 1329.

del acuerdo entre todas las sociedades que conforman el grupo⁶⁴⁹. Para el primero de los casos, a veces la sociedad que ejerce el control es la que tiene en sus instalaciones el servicio de prevención que ahora pasa a ser el SPM de para todas las sociedades; para el segundo de los casos, es más habitual que se forme una sociedad como SPM o se configure una comunidad de bienes cuando el SPM no tiene personalidad jurídica.

Uno de las cuestiones más problemáticas es la que gira en torno a la identificación del empresario en los grupos de empresa. Al respecto, lo que hay que tener presente es que el grupo de empresas carece de personalidad jurídica⁶⁵⁰. Si el grupo debe mantener la independencia de los miembros que lo componen, no puede existir una persona jurídica única. Por tanto, el grupo de empresas no puede ser el empresario. Es cierto que conforme al artículo 1.2. ET las comunidades de bienes pueden ser empresarios, aunque en estos casos la posición empresarial se asume de forma plural por todas las personas físicas y jurídicas que forma parte de la comunidad. Sin embargo, el grupo no es una comunidad de bienes, sino al contrario un grupo de sociedades cada una con su patrimonio y que en principio no poseen nada en común. Cosa diferente será que al crear el SPM le den la forma de comunidad de bienes, cuando éste no tiene personalidad jurídica, en cuyo caso se entenderá dividido el SPM en cuotas entre los comuneros (en este caso, las sociedades), determinando esa cuotas su participación en la propiedad del SPM y su responsabilidad en las cargas (artículo 392 y 393 CC)⁶⁵¹.

En el ámbito del derecho laboral el problema se plantea de manera frecuente cuando el grupo de empresas, no siendo empresario, “parece” que actúa como tal. En este sentido, la jurisprudencia ha elaborado un concepto de grupo de empresas laboral⁶⁵² que se identifica con la configuración de un grupo de empresas patológico que llevaría

⁶⁴⁹ DESDENTADO BONETE, A. y DESDENTADO DAROCA, E., *Grupos de empresa y despidos económicos*, Navarra, Lex Nova-Thomson Reuters, 2014, pp. 27-30.

⁶⁵⁰ La propuesta de Código Mercantil establece expresamente en su art. 291.2 que el grupo de sociedades carece de personalidad jurídica. Se trata de una propuesta interesante por cuanto aborda el concepto, las características, los tipos de grupos, así como el ejercicio del poder de dirección y las responsabilidades derivadas de la actuación, etc. MINISTERIO DE JUSTICIA., *Propuesta de Código Mercantil*, elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, Madrid, 2013, en línea: <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215197775106/Medios/1288780618794/Detalle.html>

⁶⁵¹ DESDENTADO DAROCA, E., *La personificación del empresario, Problemas sustantivos y procesales*, Valladolid, Lex Nova, 2006, pp. 197; ESCUDERO PRIETO, A., *La aplicación de la normativa de seguridad y salud en el trabajo a los grupos de empresa*, op. Cit., (versión electrónica)

⁶⁵² No existe un concepto de grupo de empresas en el ámbito laboral, pero se pueden encontrar referencias a él en distintas normas: art. 87.1 y 2 ET respecto a la legitimación para negociar convenios de grupo; art. 4.5 del RD 1483/2012, de 12 de octubre por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despidos colectivos y de suspensión de contratos y reducción de jornada; art. 3 de la Ley 10/1997, de 24 de abril sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria (que traspone la Directiva 94/45/CE de 22 de septiembre, que establece que grupo de empresas es el formado por una empresa que ejerce el control y las empresas controladas; y el art. 21 RSP.

a considerar al grupo como una única empresa a efectos laborales⁶⁵³, en cuyo caso, la constitución de un SPM ya no quedaría justificado. Sin profundizar en la doctrina jurisprudencial sobre el concepto de un grupo de empresa laboral, hay que partir de dos tesis diferentes. Por un lado, la tesis de cotitularidad que entiende que no es preciso que exista un expreso reconocimiento de la cotitularidad en la posición jurídica del empresario para que esta exista frente al trabajador; y por otro, la tesis del fraude, que se basa en que el grupo de empresas es una forma ilícita para ocultar la realidad empresarial, y serán los Tribunales los que se encargarán de buscar o sacar la figura del verdadero empresario, y que se hará a través de una serie de elementos que deben concurrir⁶⁵⁴.

Cualquiera de estas dos teorías se apartaba de la concepción mercantil de grupo de empresas, pero de manera reciente con la STS de 27 de mayo de 2013 (R°. 3/2013, sala de lo social)⁶⁵⁵, se produce un giro en la doctrina del Tribunal Supremo y se dictan sentencias destacando las dos características fundamentales del grupo de empresas desde la concepción mercantil, la independencia jurídica y la dirección unitaria, y además, se aclara que no existe un concepto de grupo de empresas a efectos laborales como algo distinto al grupo de empresas mercantil. La sentencia afirma como lo hacía la doctrina anterior del fraude que no es *“suficiente que concurra el mero hecho de que dos o más personas pertenezcan al mismo grupo empresarial, para derivar de ello sin más una responsabilidad solidaria respecto de las obligaciones contraídas por una de ellas con sus propios trabajadores, sino que es necesaria, además, la presencia de elementos adicionales, porque los componentes del grupo tienen, en principio un ámbito de responsabilidad propio como personas jurídicas independientes”*. Pero además, en la enumeración de los componentes adicionales se producen cambios haciendo una reformulación de los que la doctrina anterior había configurado⁶⁵⁶.

⁶⁵³ MONEREO PÉREZ, J. L., *Teoría jurídica de los grupos de empresa y Derecho del Trabajo*, Granada, Comares, Granada, 1997; MOLINA NAVARRETE, C., *La relación jurídico-laboral de los grupos de sociedades: problemas y soluciones*, Granada, Comares, 2000; BAZ RODRÍGUEZ, J., *Las relaciones de trabajo en la empresa de grupo*, Granada, Comares, 2002; PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., *El desvelo de los grupos de empresa*, Aranzadi Social, Vol. V., 1998, (versión electrónica); RIVERO LAMAS, J., “La descentralización productiva y las nuevas formas de organización del trabajo”, en AA.VV., *Descentralización productiva y nuevas formas de trabajo*, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de Seguridad Social, Madrid, MTAS, 2000, pp. 61

⁶⁵⁴ STS de 25 de junio de 2009 (R°. 57/2008, sala de lo social). STS de 23 de octubre de 2012 (R°. 351/2012, sala de lo social); STSJ de Madrid, de 25 de mayo de 2012 (R°. 1581/2012, sala de lo social). BAZ RODRÍGUEZ, J., *Las relaciones de trabajo en la empresa de grupo*, op. Cit., pp. 209 y ss y 236 y ss. GOERLICH PESET, J. M., *Los grupos de sociedades en la jurisprudencia social reciente*, Revista de Información Laboral, núm. 5, 2014, pp. 32-35.

⁶⁵⁵ Doctrina que se ha confirmado en sentencias posteriores: STS de 19 de diciembre de 2013 (R°. 37/2013, sala de lo social); STS de 28 de enero de 2014 (R°. 16/2013, sala de lo social)

⁶⁵⁶ Anteriormente la doctrina jurisprudencial había establecido que los elementos adicionales eran: 1. El funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajos de las empresas del grupo; 2. La prestación de trabajo común, simultánea o sucesivamente, a favor de varias empresas del grupo; 3. Creación de

Ahora bien, a los efectos aquí analizados lo que debe tenerse en cuenta es la configuración del grupo desde el punto de vista mercantil, con sociedades con personalidad jurídica propia, siendo por tanto aplicable lo previsto en artículo 42 código de Comercio, así como cualquier modificación que pueda derivar de esa Propuesta de Código Mercantil que vendrá a regular el ejercicio del poder de dirección y la responsabilidad de las sociedades y su posible extensión. Conviene hacer un inciso sobre el SPM y su forma de constitución dentro del grupo de empresas. El SPM se configura como un servicio común que se presta a todas las empresas, y todas ellas ponen en común bienes o cuotas para la confirmación de tal servicio, siendo, en definitiva este SPM como una forma de colaboración económica entre ellas. Esta circunstancia no puede entenderse como un condicionante de su independencia. Ahora bien, esta posibilidad de organización de la prevención a través de SPM a grupos de empresas ha dado lugar al fenómeno de creación de una filial *ex novo*, que no plantea problemas, o al traspaso a una sociedad ya existente todas las competencias en materia de seguridad y salud⁶⁵⁷. Esta última solución podría ser susceptible de crear alguna duda, porque se podría crear la ficción de que el grupo tuviera un SPM cuando en realidad lo que tienen es SPP de una empresa del grupo que pasa a adquirir la denominación de SPM, con funciones de prevención, en principio para todas las empresas del grupo. Para admitir tal posibilidad y evitar los problemas derivados de una incorrecta constitución del SPM, habría que realizar un pago por parte de las empresas que utilizan estos servicios de prevención⁶⁵⁸.

B) Legitimación en los grupos de empresas para negociar en el convenio la organización de la prevención a través de un SPM.

El art. 21 RSP establece la posibilidad de que el acuerdo de constitución del servicio de prevención en forma mancomunada se lleve a cabo a través de la negociación

empresas aparentes sin sustento real (abuso de la personalidad); 4. Confusión de plantillas; 5. Confusión de patrimonios; 6. Apariencia de unidad empresarial; 7. Unidad de dirección. Con la nueva jurisprudencia del TS se reformulan los elementos adicionales quedando de la siguiente manera: 1. Funcionamiento unitario de la organización de trabajo de las empresas del grupo manifestado a través de la prestación indistinta de trabajo a favor de varias empresas; 2. Confusión Patrimonial; 3. Unidad de Caja; 4. Creación de una empresa aparente utilizando fraudulentamente la personalidad jurídica; 5. Uso abusivo de la dirección unitaria en perjuicio de los derechos de los trabajadores

⁶⁵⁷ LUQUE PARRA, M., *La organización de la prevención en la empresa*, op. Cit, pp. 99.

⁶⁵⁸ Podría ser aplicable la doctrina sobre el indicio de la confusión patrimonial para entender que el grupo de empresas es patológico, aunque no se busca la existencia de un grupo patológico sino la incorrecta constitución en las empresas de la organización de la prevención. En estos casos la confusión se produciría cuando hay existencia real de unidad económica por encima de la separación patrimonial que impone la distinta personalidad jurídica de las sociedades. Para que no se produzca tal confusión y que no se lleve a cabo una consideración de unidad de caja, las distintas formas de colaboración entre las sociedades debería conllevar la existencia de determinados pagos a favor de la sociedad del grupo que presta el servicio STS de 10 de diciembre de 1987 (RJ 1987\7838, sala de lo social) en el que las empresas abonaban los salarios

colectiva. En el ámbito de los grupos de empresa son habituales los convenios colectivos propios cuyo ámbito de aplicación se extiende a las empresas que lo integran, sobre todo, cuando dichas empresas tienen una cierta afinidad productiva. A estos efectos habría que tener en cuenta quien tiene la legitimación para negociar en los grupos de empresa por la parte laboral, y si esa representación es la misma que en todo caso debe existir para que se considere válidamente constituido el SPM a través de la negociación colectiva o los acuerdos del art. 83.3 ET previstos en el art. 21 RSP.

La libertad negocial encuentra su primer y fundamental límite en las reglas que disciplinan la legitimación para negociar⁶⁵⁹. En el ámbito de los convenios de grupos de empresas, el art. 87.1 ET en su tercer párrafo que remite al art. 87.2 ET, viene a reconocer la legitimación para negociar exclusivamente a los sindicatos, sin más alternativas, algo que no deja de sorprender, primero porque el convenio del grupo es un convenio esencialmente empresarial, y segundo, por la habitualidad de la negociación colectiva de los grupos de empresa llevada a cabo por algún tipo de representación unitaria⁶⁶⁰. Ahora bien, la regulación establece la remisión al art. 87.2 ET supone que en una negociación de grupo de empresas, no van a participar los sindicatos que, careciendo de la condición de más representativos (87.2. a) y b) ET), cuentan con miembros de comités de empresa o delegados de personal en el grupo, solo que en porcentaje inferior al 10%. Se trata de una regla que nuevamente contrasta con la que se impone en la negociación empresarial, donde toda sección con presencia en los órganos unitarios existentes en la empresa tiene legitimación negocial. Tampoco participarán los sindicatos más representativos de Comunidad Autónoma en la negociación de ámbito estatal de convenios de grupo de empresas ya que la remisión es al apartado 2, y no al 5, por lo que no se asume la totalidad de la regulación de la

⁶⁵⁹ SEMPERE NAVARRO, A. V., “Las unidades de negociación y sus límites”, en CAMPS RUIZ, L. M., RAMIREZ MARTINEZ, J. M. y SALA FRANCO, T., *Crisis, reforma y futuro del Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos en memoria del profesor Ignacio Albiol Montesinos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 579

⁶⁶⁰ GOMEZ ABELLEIRA, F. J., “Las reformas de las garantías subjetivas de la negociación colectiva: legitimación negocial y comisión negociadora”, en MERCADER UGUINA, J. R. y GARCÍA PERROTE ESCARTÍN, I., *La reforma de la negociación colectiva, Real Decreto-Ley 7/2011, de 10 de junio*, Valladolid, Lex Nova, 2011, 137-139. El autor recogiendo otras voces doctrinales a este respecto establece que: “Deberían ser los protagonistas empresariales y sociales de cada grupo de empresas los que decidan entre las tres alternativas posibles (sindicatos, secciones, representaciones unitarias) la que mejor se adapte a sus intereses y a las peculiaridades organizativas del propio grupo, ocupándose la ley sólo de garantizar que, con independencia del tipo de sujeto que negocie, los que lo hagan representen a la mayoría de los miembros de comités de empresa y delegados de personal presentes en esta unidad negocial. Si se quiere, por analogía con el caso de las unidades empresariales, podrá establecerse la prevalencia del canal sindical sobre el unitario, igualmente con la cautela de que los representantes sindicales representen a la mayoría de los unitarios”. NIETO ROJAS, P., *Las representaciones de los trabajadores en la empresa*, Navarra, Lex Nova-Thomson Reuters, 2015, pp. 244-245, donde la autora trae a colación varios ejemplos en los que “los grupos de empresa han articulado instancias de representación unitaria con fundamento en el art. 61 ET, haciendo pender su constitución de una previsión convencional expresa generalmente tras una decisión adoptada por los representantes de los trabajadores de cada una de las empresas del grupo”.

legitimación negocial sindical sectorial. Por lo que se refiere a la parte empresaria, la legitimación de los grupos de empresa corresponderá a la representación de cada una de las empresas (art. 87.3 b) ET), por lo que no se legitima a las asociaciones empresariales, como ocurre con los convenios sectoriales.

Teniendo en cuenta que esta es la legitimación que tendrían los trabajadores y las empresas para negociar convenios en el ámbito de un grupo de empresas, habría que establecer, si esta es la que se requiere para los casos en los que por vía de la negociación colectiva se cree un SPM (art. 21.1 ET). El art. 21 RSP, que recordemos, establece la posibilidad de acordar también la constitución del SPM a través de la negociación colectiva, sin más especificaciones. Esta opción tan abierta, permitiría que cualquier representación ya sea la sindical, establecida en el art. 87.1 y 2 ET, exclusiva y excluyente para la negociación del SPM a través de convenios colectivos estatutarios, ya sea la unitaria a través de instancias representativas propias, ya sea a través de las representaciones de cada una de las empresas, pudieran tomar esta decisión. Cuestión diferente será el efecto que tendrá el pacto acordado. Pero siendo el SPM una subtipo de organización preventiva que, cuando es elegida como opción organizativa, se convierte en obligatoria para las empresas, cualquier fórmula colectiva es posible, máxime si su constitución se puede articular en defecto de esta negociación por la vía del acuerdo entre las empresas.

3.3. El Acuerdo de Constitución del Servicio de Prevención Mancomunado.

El acuerdo de constitución tiene como misión fundamental el establecer las condiciones en las que el SPM debe desarrollarse. Actúa a modo de contrato privado entre las empresas que lo constituyan por lo que rige la autonomía de la voluntad de las partes. Sin embargo resulta necesario para la correcta constitución y el adecuado funcionamiento que estos acuerdos tengan un contenido mínimo⁶⁶¹ al que la norma hace una referencia genérica pero sin concretarlo exactamente. Hay cuestiones que deberían ser reguladas necesariamente en ese acuerdo, o al menos deberían establecerse unos criterios generales sobre ellas. Con carácter general todos los acuerdos deberían contener algunos extremos: la identificación de las empresas, la forma jurídica la ubicación de las instalaciones; la participación de cada empresas y la forma en la que se procede a esa participación, es decir, con aportación de personal y medios e instalaciones, o con aportación económica; las especialidades y funciones concretas que se van a llevar a cabo y las que deben concertarse con un SPA; los

⁶⁶¹ Bien es cierto que la norma no recoge ninguna condición concreta que deba establecerse en el acuerdo de constitución, y ello porque razonablemente se pueden dar multitud de situaciones a partir de las cuales se decide crear el SPM. Por ello, no se pueden regular las reglas de funcionamiento. MORENO MÁRQUEZ, A. M., *Los servicios de prevención*, op. Cit., pp. 56-57. Sin embargo debería haberse establecido un contenido mínimo necesario sobre el que cada empresas o conjunción de empresas establezca sus propia reglas en funciones de las particularidades que les afecten.

medios humanos y materiales que se necesitan o los criterios para determinarlos; la base legal que fundamenta la creación del SPM; los requisitos que deben cumplir las empresas para adherirse; y la forma en la que el SPM va a actuar en cada empresa; el compromiso de actuación exclusiva en el ámbito de las empresas mancomunada; el supuesto de novación en las condiciones de constitución del SPM, es decir, cuando se produce una modificación de las empresas que han formado el SPM, etc.⁶⁶².

El acuerdo de constitución del SPM se deberá adoptar previa consulta a los representantes legales de cada una de las empresas afectadas, en los términos establecidos en el art. 33 de la LPRL (art. 21.2 del RSP). Los términos en los que se regula esta consulta y su alusión al art. 33 LPRL de manera genérica, da la posibilidad de que ésta existe ya haya o no representantes legales en la empresa, aunque si éstos existen será prioritaria la consulta con ellos (art. 33.2 LPRL).

3.3.1. La consulta sobre la constitución del SPM y sobre las condiciones en las que se va a desarrollar.

La consulta comporta un deber de escuchar y de tomar en consideración las opiniones y propuestas de los representantes de los trabajadores⁶⁶³. Se trata de un derecho que opera como un límite de las facultades empresariales mediante el cual los trabajadores a través de sus representantes intentarán influir y modificar la conducta empresarial hacia los intereses que ellos defienden. No resulta suficiente para entender satisfecha la obligación de consulta con la emisión de informes, sino que este derecho requiere de la existencia de un intercambio de opiniones entre empresario y trabajadores⁶⁶⁴. Por lo que respecta a la decisión de la constitución del SPM, la consulta a los representantes se torna obligatoria para el empresario⁶⁶⁵ en todos los supuestos previstos en los que se

⁶⁶² Así se ha recogido en algunos informes que algunas comunidades autónomas han elaborado a través de sus organismos técnicos: [Instrucción 1/2011 de la Dirección General de Relaciones laborales y calidad en el trabajo de Cataluña](https://docs.google.com/file/d/0B4LzdQPqZFwMI9YV2JRdW9jenc/edit), de 23 de marzo de 2011, que se da sobre la aplicación a los SPA y SPM de la aprobación del RD 337/2010, de 19 de marzo y de la Orden TIN/2504/2010, de 20 de septiembre, en línea: <https://docs.google.com/file/d/0B4LzdQPqZFwMI9YV2JRdW9jenc/edit>; Informe de Criterios Técnicos (CT 201402a) elaborado por la Consejería de Economía, Industria, Turismo y Ocupación del Instituto de Valencia de Seguridad y Salud en el trabajo (INVASSAT), en línea: <http://www.invassat.gva.es/documents/161660384/161741829/ICT201402a+-+Servicios+de+prevenci%C3%B3n+mancomunados/e43b3a1a-77a3-4a85-90ff-b0a14f616d57>

⁶⁶³ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “Editorial”, en AA.VV, *El poder de dirección del empresario*, Madrid, La Ley, 2005, pp. 4.

⁶⁶⁴ GÓMEZ ABELLEIRA, F. J., “Una nueva modificación de la legislación laboral para transponer derecho comunitario: la Ley 38/2007 y las Directivas 2002/14/CE, sobre información y consulta de los trabajadores, y 2002/74/CE, sobre protección en caso de insolvencia empresarial”, *Relaciones Laborales*, núm. 1, 2008, pp. 996

⁶⁶⁵ VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Los derechos de participación en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales”, en CASAS BAAMONDE, M^a. E.; PALOMEQUE LOPEZ, M. C. y VALDÉS DAL-RÉ, F (coords.), *Seguridad y salud en el trabajo. El nuevo derecho de prevención de riesgos profesionales*,

puede articular el SPM como modalidad organizativa. Dos cuestiones son relevantes sobre la consulta con los representantes a estos efectos. En primer lugar, los sujetos con los que hay que realizar la consulta; y en segundo lugar, el contenido de la misma.

A) Sujetos que tienen el derecho de consulta.

Varias son las dudas que se pueden plantear sobre quiénes son los sujetos sobre los que recae el derecho de consulta. Por un lado, se puede plantear el problema de la determinación de los sujetos legitimados de esta consulta teniendo en cuenta las distintas opciones representativas que pueden existir. Por otro lado, el problema se agudiza, en los supuestos de grupos de empresas en los que podrían darse ciertas peculiaridades. Respecto a la primera cuestión, la respuesta es clara, y es que debe ser la representación especializada, en la medida que la LPRL en su art. 33.2 admite que la interlocución puede ser asumida por instancias representativas de carácter especializado, desplazando en cierto modo, al resto de instancias representativas. Este precepto regula de manera incuestionable la obligación empresarial de consultar al comité de seguridad y salud o, en su defecto, al delegado de prevención la adopción de determinadas decisiones preventivas⁶⁶⁶. No obstante, y pese a que la consulta se tenga que hacer a los delegados de prevención, porque además ello es lo legalmente establecido y lo razonable, hay que recordar que en muchas ocasiones estos serán coincidentes con los representantes de los trabajadores e incluso con los sujetos negociadores. Sin embargo, no se entiende bien la razón por la que en el segundo párrafo del art. 21.2 RSP se vuelve otra vez a insistir en la idea de que las condiciones en las que se desarrolle el SPM deban ser debatidas en cada uno de los comités de seguridad y salud de cada una de las empresas afectadas. Se trata de un párrafo introducido con la modificación operada por el RD 337/2010, de 19 de marzo, entre cuyos objetivos estaba el del reforzamiento de la participación a través de la consulta acerca de la implantación y aplicación del plan de prevención de riesgos laborales, la evaluación de riesgos, la planificación preventiva y la organización preventiva⁶⁶⁷.

Madrid, La Ley-actualidad, 1997, pp. 84; GONZÁLEZ ORTEGA, S. (Coord.), *Comentarios al Reglamento de los Servicios de prevención*, op. Cit., pp. 165.

⁶⁶⁶ IGARTUA MIRÓ, M. T., *Participación y representación de los trabajadores en la coordinación preventiva*, Revista Alcor MGO, núm. 3, 2005, pp. 69. Tal y como establecen los art. 35 y ss. LPRL y concretamente el art. 36.1, estos órganos son los delegados de prevención que son la representación de los trabajadores con funciones específicas en materia de prevención de riesgos en el trabajo y el comité de seguridad y salud que es el órgano paritario y colegiado de participación destinado a la consulta de la actuación de la empresa en materia de prevención de riesgos para empresas o centros de trabajo de más de 50 trabajadores.

⁶⁶⁷ También se recoge la obligación del empresario de poner a disposición del Comité de seguridad y salud en el trabajo la memoria de programación anual del SPP. Este fortalecimiento de las instancias representativas especializadas ya se inició con el RD 604/2006, de 19 de mayo.

Dos razones pudieron inspirar al legislador a introducir esta regulación. Una podría ser el hecho de que se trata de dos consultas diferentes, una la consulta sobre la constitución del SPM y otra la consulta y debate sobre las condiciones de esta constitución. Pero no parece que tenga demasiado sentido, por cuanto a) en los dos casos habría que acudir a la representación especializada atendiendo al art. 33 LPRL y b) lo normal es que haya una consulta donde se pueda discutir no sólo la constitución del SPM sino las condiciones en las que se haga. La otra razón, que puede tener algo más de sentido, es que sea necesaria hacer la consulta no sólo a los representantes especializados sino también a la representación unitaria y sindical de cada una de las empresas. Así, el primer párrafo del art. 21.2 LPRL cuando se refiere a representantes legales, puede estar haciendo alusión a esto⁶⁶⁸ y el segundo párrafo, se refiera a la representación especializada en prevención.

Por lo que hace a la consulta en el ámbito de los grupos de empresa, varias son las opciones que pueden plantearse⁶⁶⁹. La primera que se consulte a cada uno de los comités de seguridad y salud o delegados de prevención de cada una de las empresas del grupo, algo que encuentra su encaje en el art. 21.1 segundo párrafo LPRL. Pero se podrían plantear otras opciones como sería que la consulta se hiciese con las secciones sindicales de grupo, que se ha previsto por la jurisprudencia⁶⁷⁰ para el supuesto del periodo de consultas en relación con el procedimiento de despidos colectivos argumentando que cuando se convoca a la sección sindical se está convocando al sindicato, y si este acepta el papel de interlocutor en la negociación, entonces este se convierte en el sujeto competente. También se debería admitir la interlocución con instancias de base unitaria cuando estas existan, o la consulta a los representantes unitarios de cada una de las empresas del grupo⁶⁷¹.

B) Contenido y procedimiento de la Consulta.

La consulta a los trabajadores a través de sus representantes debe contener por un lado la decisión de la empresa de constituir un SPM, y las condiciones en las que dicho servicio de prevención debe desarrollarse, esto es, las condiciones que se van a incluir en el acuerdo de constitución y que se va a firmar con las otras empresas. Hay que

⁶⁶⁸ FERNANDEZ MARCOS, L., *En torno a los servicios de prevención mancomunados*, Prevención Trabajo y Salud, INSHT, núm. 6, 2000, en línea: <http://www.insht.es/portal/site/Insht/menuitem.1f1a3bc79ab34c578c2e8884060961ca/?vgnextoid=225ba39903387110VgnVCM100000b80ca8c0RCRD&vgnnextchannel=9f164a7f8a651110VgnVCM100000dc0ca8c0RCRD>

⁶⁶⁹ NIETO ROJAS, P., *Las representaciones de los trabajadores en la empresa*, op. Cit., pp. 228-230.

⁶⁷⁰ SAN de 16 de junio de 2014 (Procedimiento 79/2014)

⁶⁷¹ MERCADER UGUINA, J. R., DE LA PUEBLA PINILLA, A., *Los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornada*, Valencia, Tirant lo blanch, 2013, pp. 125. Los autores entienden que puede ser una buena practica en el ámbito de la representación

recordar que la consulta previa no será necesaria cuando el acuerdo de constitución se tome por negociación colectiva o mediante los acuerdos colectivos a que se refiere el artículo 83.3 ET, porque ya esta consulta se entiende incluida en aquella.

En cuanto al procedimiento a seguir para realizar la consulta, teniendo en cuenta que la función de la consulta no debe ser sólo informar del hecho (art. 64.1 ET), sino potenciar que los trabajadores puedan tener una participación real en la decisión de constituir o adherirse a un SPM, entonces esta consulta deberá hacerse con el tiempo suficiente para que la opinión de los representantes pueda integrarse en la decisión final⁶⁷². Por este mismo motivo, en cuanto a la forma a seguir para llevar a cabo la consulta, y teniendo en cuenta que la consulta debe implicar una posición activa de los trabajadores analizando la propuesta de la empresa⁶⁷³, hacerlo por escrito es lo más adecuado; y no sólo lo la propuesta de la empresa sino también la contestación a la misma por parte de los representantes⁶⁷⁴. Si la consulta se hace por escrito, además de las garantías que ofrece, se exige un periodo de respuesta de los representantes de 15 días con lo que la decisión no se demora (art. 64.6 ET y 36.3 LPRL). El incumplimiento empresarial del deber de consulta supone una infracción administrativa por la que responderá la empresa que no proceda a tal consulta pero que no invalidará el acuerdo de constitución del SPM. Una de las posibles vías para solucionar este régimen poco garantista será que el propio convenio colectivo establezca su propio procedimiento de forma que un incumplimiento por parte del empresario suponga la invalidez de la medida adoptada por el empresario⁶⁷⁵.

3.3.2. La comunicación previa de la constitución de un SPM a la autoridad competente.

La puesta en conocimiento a las autoridades competentes de la organización preventiva de las empresas no es un requisito establecido de forma general en la normativa de prevención. Tan sólo los SPA y las auditorías necesitan ser acreditadas por la autoridad laboral y sanitaria competente para prestar servicios de prevención a las empresas que contraten con ellos. Sin embargo, para el supuesto de creación de los SPM, cuando esta no sea decidida en el marco de la negociación colectiva, la norma ha establecido (art. 21.2 *in fine* RSP) la obligación de comunicación a las autoridades

⁶⁷² La información que debe formar parte del contenido de la consulta debe ser completa y previa: SAN de 25 de noviembre de 2009 (Procd. 222/2009)

⁶⁷³ FERNÁNDEZ MARCOS, L., *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y su Régimen Jurídico Sancionador*, Madrid, Dykinson, 3ª ed., 2004, pp. 209-210.

⁶⁷⁴ GONZALEZ ORTEGA, S., y APARICIO TOVAR, J., *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Madrid, Trotta, 1996, pp. 211

⁶⁷⁵ VALDES DAL-RE, F., “Los derechos de participación en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales”, en CASAS BAAMONDE, Mª. E.; PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., y VALES DAL-RE, F., *Seguridad y Salud en el trabajo. El nuevo derecho de prevención de riesgos profesionales*, Madrid, La Ley-Actualidad, 1997, pp. 84.

competentes con carácter previo al funcionamiento de tal organización (lo que no va a impedir su puesta en marcha). En este caso, la autoridad laboral no autoriza la constitución del SPM, simplemente podrá formular requerimientos sobre su adecuada constitución y dotación de recursos humanos y materiales. Por lo tanto, el SPM opera sin necesidad de autorización administrativa, a diferencia de lo que ocurre con los SPA. Por otro lado, hay que tener presente que cuando ese SPM se ha configurado en el marco de la negociación colectiva, no se requiere ningún tipo de comunicación a la autoridad laboral.

En este caso la cuestión radica en determinar qué es la comunicación previa a la que se está refiriendo la norma, partiendo de la base de que no se trata de una autorización administrativa. El legislador ha creído necesario que la administración pública pueda ejercer un cierto control de estas entidades que surgen como servicios de prevención, aunque se trata de un control o intervención suave que se justifica en varias razones. La primera que no va a ser una entidad que actúe en el mercado prestando servicios de manera indiscriminada. La segunda, y como consecuencia de lo anterior, que no se puede imponer un proceso complejo que requiera de una certificación previa para dar validez a la actuación de las empresas dentro de la opción que el legislador le permite ejercer de manera directa como si se tratara de un SPP, para lo que solo debe tener en cuenta las limitaciones y requisitos impuestos por el art. 21 RSP. Sin embargo, esta previsión introducida por el RD 337/2010, tiene su justificación en el hecho de que la entidad que se forma, tenga o no personalidad jurídica, va a realizar actividades preventivas para las empresas que lo constituyan, y no solo actuará como SPP para una de ellas, lo que implica necesariamente una adaptación de los medios y un reforzamiento de las exigencias.

En este contexto, la comunicación previa prevista en el art. 21.2 in fine RSP podría ser una comunicación previa⁶⁷⁶ o una declaración responsable, a los efectos previstos en la normativa administrativa, de las reguladas en el todavía art. 71 bis⁶⁷⁷ de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. En cualquiera de las dos hay una intervención previa al inicio de las actividades es decir, que no existe como objeto un acto de autorización que permitiera poner marcha estos SPM, sino que se trata de actos que concluyen con la comunicación de datos o con la verificación de esos datos que aportan los particulares a la administración. No se trata de actos administrativos, sino

⁶⁷⁶ El nombre dado por el RSP de comunicación no puede ser condición para que tenga ser identificada necesariamente con la comunicación previa del derecho administrativo. La doctrina administrativa conoce la comunicación previa como el acto general y diferencia entre comunicación previa con control (que se identifica con la declaración responsable), y comunicación previa sin control (que se identifica con la comunicación previa como tal) GARCÍA ENTERRIA, E. y FERNÁNDEZ TORRES, J. R., *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, Civitas, Tomo II, 12ª. Ed, 2011, pp. 101-102.

⁶⁷⁷ Que será el art. 69 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

de acto de particulares, por lo que habrá que estar a las normas que regulan concretamente estos actos en el concreto ámbito de aplicación. En este caso, habrá que estar el art. 21.2 RSP que tanto sólo establece la autoridad competente y la posibilidad de que ésta formule requerimientos sobre la adecuada dotación de los medios humanos y materiales.

Dado que poco más dice el precepto preventivo, habrá que ver qué son realmente cada uno de estos actos para determinar ante cual nos encontramos. La comunicación previa no prevé el desarrollo de procedimientos de control administrativos caso a caso. Se trata de una manera de poner en conocimiento de la administración actividades de escasa trascendencia para el interés general por lo que la finalidad es la obtención de información por parte de la administración y ello con independencia de que se disponga de facultades de inspección y control adecuado⁶⁷⁸. La declaración responsable permite iniciar el ejercicio de la actividad, pero hay una intensidad mayor de control dado que éste se activa en el mismo instante del inicio de la actividad, así que aunque se trate de una fuente de información para la administración, el objetivo en este caso es el control en ese momento inicial⁶⁷⁹.

Teniendo en cuenta que la norma nada dice sobre el tipo concreto ante el que se está, parece deducirse de las definiciones dadas por la doctrina que, en este caso, los SPM deberán formular una declaración responsable. Primero, porque hay una cierta trascendencia del interés general (seguridad y salud de los trabajadores) que debe verse reflejado de alguna forma; y segundo porque ello obliga a suscribir por el interesado y bajo su responsabilidad, que cumple con los requisitos establecidos en el art. 21 RSP y en la Orden TIN/2504/2010, de 20 de septiembre. Como consecuencia de esa falta de regulación normativa en el concreto ámbito de los SPM habrá que tener en cuenta el régimen general previsto por las normas administrativas sobre lo no establecido en el RSP, y en concreto sobre los posibles incumplimientos de los particulares en la comunicación de las actividades. Así pues, la falsedad u omisión de datos a la administración o la inexactitud de los mismos cuando es de carácter esencial, puede determinar la imposibilidad de continuar con la actividad; en el resto de los casos la administración hará los correspondientes requerimientos (art. 71 bis 4. De la Ley 30/1992)⁶⁸⁰. Por último, sólo recordar que si el SPM asume la medicina del trabajo como una de las especialidad del servicio, aunque no sea preceptiva la autorización sanitaria, en relación con las instalaciones, funcionamiento y modificación de los centros y establecimientos sanitarios sí que será necesaria la

⁶⁷⁸ ARROYO JIMENEZ, L., *Libre empresa y títulos habilitantes*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2004, pp. 349.

⁶⁷⁹ GONZALEZ GARCÍA, J.V., *Autorización, Comunicaciones previas y declaraciones responsables en la trasposición de la Directiva de Servicios*, REAF, núm. 11, 2010, pp. 275-278.

⁶⁸⁰ FERNÁNDEZ TORRES, J. R., *Regímenes de intervención administrativa: autorización, comunicación previa y declaración responsable*, Revista Catalana de Dret Public, núm. 42, 2011, pp. 96-99.

autorización conforme al art. 3.1 RD 1277/2003, de 10 de octubre y la normativa de la comunidad autónoma correspondiente.

3.4. Recursos Humanos y Materiales suficientes y adecuados para la correcta constitución y funcionamiento de un SPM.

Independientemente de que el SPM se haya configurado como una sociedad independiente con personalidad jurídica propia, o lo haya hecho como una entidad sin personalidad jurídica, lo cierto es que en todo caso, deben contar con los medios humanos y materiales necesarios para poder desarrollar la función para la que se han creado, y como dice la propia norma, para hacerlo con operatividad y eficacia. En este sentido, el art. 21 RSP, tradicionalmente, al considerar que el SPM es un SPP, los había identificado a éste en cuanto a los recursos y medios con los que tenía que contar. Sin embargo, con la modificación operada por el RD 337/2010, de 19 de marzo, se exige a estos efectos que el SPM cuente con los medios humanos y materiales conforme a las exigencias establecidas para los SPA, en el entendimiento de que si se trata de un servicio que presta servicios a varias empresas diferentes, la suficiencia de los medios tenga un carácter reforzado más próximo a las exigencias de los servicios ajenos que también prestan servicios a varias empresas. En consecuencia, habrá que estar a lo establecido por el art. 18 RSP, por el art. 2 y el Anexo I y II de la Orden TIN/2504/2010, de 20 de septiembre, y por lo establecido para la especialidad de medicina del trabajo, en el caso de que cuente con ella el SPM, en el RD 843/2011, de 17 de junio. De esta normativa se deduce la existencia de dos tipos de servicios de prevención mancomunados porque se exigen requisitos diferentes en función de que se trate de SPM de sector, área geográfica limitada, o edificio o centro comercial, por un lado, y por otro, el SPM de grupo empresarial.

Para el primer caso, el art. 2.1 de la Orden TIN 2504/2010, de 20 de septiembre establece que los recursos humanos serán, como mínimo, los establecidos para los SPA en términos equivalentes, es decir, igual que para éstos. Habrá que realizar los cálculos para determinar el número de técnicos de prevención en función del número de trabajadores de las empresas, de la peligrosidad de las mismas para lo que se tendrá en cuenta la tarifa de primas. Además, el tamaño medio de los centros de trabajo atendidos, y la lejanía de los centros de trabajo a las instalaciones del servicio serán los factores correctores. Por otro lado, en cuanto a los medios materiales se estará al Anexo II de la misma norma, aunque el legislador ha previsto la necesidad de que se adecuen estos medios a las actividades de las empresas (art. 2.1 Orden TIN/2504/2010): *Los recursos materiales deberán determinarse tomando como referencia, en cada caso, los establecidos en el artículo anterior pero adecuando el número mínimo de dichos medios a las actividades de las empresas.*

Para el segundo caso, es decir, para el supuesto de los grupos de empresas, sin embargo, la norma ha previsto una serie de criterios a tener en cuenta para dimensionar el SPM, sin que, a priori se tenga que aplicar el Anexo I de la Orden TIN/2504/2010, o al menos no en sus estrictos términos. En este supuesto, pueden existir directrices de gestión común y se permite cierta flexibilidad en la exigencia de la dotación de los medios. Para ello se determinan criterios más subjetivos y adaptables a la realidad del grupo. Algunos son los ya previstos como la dispersión geográfica de los centros, el número de trabajadores cubiertos por el servicio, y la peligrosidad de las actividades desarrolladas; y otros se incluyen de manera concreta para estos casos, como son el tiempo de respuesta para los servicios y el grado de integración de la prevención en el sistema general de gestión de las empresas del grupo.

Esta ambigüedad en la regulación provoca una serie de dudas en la determinación de los recursos humanos necesarios. Por ejemplo, en relación con el número de técnicos de nivel superior que son necesarios. Al no estar establecido, y al dejarlo abierto para los SPM de grupo, se podría aplicar lo regulado para los SPA en cuyo caso sería necesario al menos un técnico para cada especialidad, o se podría aplicar lo regulado para los SPP (art. 15 RSP), que no establece expresamente un técnico por especialidad, sino los que se sean necesarios para la realización de las actividades preventivas que se vayan a desarrollar por la empresa. Por otro lado, se produce una absoluta ambigüedad en relación con la determinación del tiempo de respuesta o el grado de integración de la prevención, criterios que sólo se podrían medir, a posteriori, y que no pueden determinar en el momento de la constitución del servicio, porque incluso se podría sobredimensionar el servicio. Para dar respuesta y una solución coherente a estas cuestiones, o a otras que podrían plantearse, parece más razonable aplicar lo establecido para los SPA en cuanto a la determinación de los medios y recursos.

Por último, sólo hacer referencia a cuestiones que afectan a todos los supuestos independientemente del vínculo que una a las empresas para formar el SPM. En todo caso, todos los SPM deben contar con tres especialidades preventivas, y éstas deberán llevarse a cabo por personal propio, entendido éste como un conjunto de técnicos que tienen que formar parte de la plantilla con relación laboral, ya sean dependientes del propio SPM o alguna de las empresas mancomunadas. En este sentido, recordar que no es posible la contratación de profesionales, por lo que los vínculos de esta plantilla no se pueden realizar a través de contratos de prestación de servicios ni a través de cualquier tipo de relación mercantil.

Por lo que se refiere a la especialidad de medicina del trabajo, el RD 843/2011, de 17 de junio, es aplicable a los SPM (art. 1.2), por lo que, en relación con los medios humanos y materiales, tendrán que disponer de una UBS (un médico del trabajo y un enfermero del trabajo) a jornada completa hasta 2000 trabajadores. Sin embargo, el

problema que se plantea es si las referencias de esa norma que tienen que ser aplicadas a los SPM son las que regulan los SPP o las que regulan los SPA. Las diferencias son importantes, ya que si se asemeja a los SPP, la USB mencionada podrá admitir un tiempo de dedicación inferior a la jornada completa. En este sentido, no son posibles las distinciones entre los SPM de grupo de empresas y el resto, ya que sólo se hacía a los efectos de las especialidades técnicas que son las reguladas por el Orden TIN/2504/2010. Pues bien, atendiendo al art. 21 RSP la interpretación debe encaminarse a asemejar el SPM al SPA ya que, respecto a los recursos humanos y materiales el RSP deja claro que “...deberán disponer de los recursos humanos mínimos equivalentes a los exigidos para los servicios de prevención ajenos de acuerdo con lo establecido en el presente Reglamento y en sus disposiciones de desarrollo. En cuanto a los recursos materiales, se tomará como referencia los que se establecen para los servicios de prevención ajenos, con adecuación a la actividad de las empresas”. Cuestión diferente se produce en los casos en los que el SPM teniendo la especialidad de medicina, tenga la necesidad de subcontratar con un SPA la realización de ciertas actividades sanitarias por razón de dispersión geográfica o lejanía de alguno de los centros de trabajo a las instalaciones sanitarias del SPM (algo que solo se dará en los casos de SPM de sector o en los de grupos de empresa). Para este supuesto, resulta indiscutible la aplicación del art. 9 RD 843/2011, de 17 de junio, entendiendo el SPM como SPP ya que, si se equiparase al SPA sólo cabrían los acuerdos de colaboración con otros SPA (art. 6 RD 843/2011), y el SPM no puede realizar acuerdos de colaboración porque no puede prestar servicios para otras empresas que no sea las que forman parte de la mancomunidad.

CAPÍTULO IV

DESIGNACIÓN INDIVIDUAL Y ASUNCIÓN DIRECTA POR EL EMPRESARIO DE LAS ACTIVIDADES PREVENTIVAS

1. CONSIDERACIONES GENERALES

La flexibilidad como elemento que niega la preferencia de los recursos internos o propios de la empresa que debe orientar el modelo de organización de la prevención de riesgos laborales es contradictoria, en sí misma, con la regulación que se hace de las distintas fórmulas organizativas y muy especialmente de la que consiste en la designación de los trabajadores⁶⁸¹, respecto de la cual la complejidad general se acentúa de forma particular. El presente capítulo tiene como objeto principal, por tanto, el análisis de esta forma organizativa de la prevención. Si bien también se realiza el que consiste en la asunción por parte del empresario de las tareas preventivas ya que dada la importancia que ha adquirido con las últimas reformas normativas.

Los términos en los que han sido redactados los arts. 30 y 31 LPRL parece que recogen una especie de preferencia o prevalencia jerárquica en la determinación de la modalidad organizativa de prevención⁶⁸². Lo que no es casualidad, ni intención exclusiva del legislador español, sino que es el reflejo de lo que el art. 7 de la Directiva Europea 89/391/CEE deja claro, mucho más si se tiene en cuenta la interpretación dada por el TJUE cuando ha tenido ocasión de manifestarse al respecto⁶⁸³. Sin embargo, esta prevalencia de los trabajadores designados no es más que un espejismo, ya que se trata de una redacción que puede resultar adecuada a los ojos del lector europeo, pero que enmascara una realidad completamente diferente. Sólo hay que acudir al art. 12 RSP para darse cuenta de que quedan completamente alteradas las pretensiones de la Directiva y de la LPRL, al establecer que no será necesario designar trabajadores cuando se opte por cualquiera de las otras fórmulas permitidas por la Ley, quedando así la prevalencia completamente desvirtuada⁶⁸⁴.

Con la entrada en vigor de la LPRL y, sobre todo, del RSP, el modelo español de la organización de la prevención se va a caracterizar por una fuerte exteriorización de los

⁶⁸¹ GONZALEZ ORTEGA, S. y APARCICIO TOVAR, J., *Comentarios a la Ley 31/1995 de prevención de riesgos laborales*, Madrid, Trotta, 1996, pp. 194; GARRIGUES GIMÉNEZ, A., *La organización de la prevención en la empresa*, Universidad Jaume I, 1997, pp. 271-272; IGARTÚA MIRÓ, M^a. T., *Manual del servicio de prevención*, Madrid, Tecnos, 2002, pp. 55; LUQUE PARRA, M., *La organización de la prevención en la empresa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, pp. 35.

⁶⁸² Muchos son los autores que han incidido en la idea de que se trata de una regulación compleja que no deja clara la preferencia o jerarquía en la aplicación de la fórmula organizativa de trabajadores designados: DURAN LOPEZ, F., “Estudio para la elaboración de un informe sobre riesgos laborales y su prevención”, en *Informe sobre riesgos laborales y su prevención*, Madrid, 2001, pp. 267;

⁶⁸³ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Quinta) de 22 de mayo de 2003- Asunto C-441/01 contra los Países Bajos; Sentencia del Tribunal de la Unión Europea (Sala Quinta) de 15 de noviembre de 2001 – Asunto 49/00, contra la República Italiana.

⁶⁸⁴ AGRA VIFORCOS, B., *Luces y sombras en la regulación de la organización preventiva, ¿de verdad ayuda a la tan proclamada integración?*, CEF, Revista de Trabajo y Seguridad Social, núm. 302, 2008, pp. 18. La autora, que es crítica con la regulación, resume la cuestión en el epígrafe que establece: Designación de trabajadores: opción prioritaria en la LPRL, relegada a un segundo plano en el RSP”.

recursos humanos y materiales a través de los SPA y de las Sociedades de Prevención de las Mutuas. De tal forma que, sólo las empresas que tengan más de 500 trabajadores o de 250 con actividades peligrosas del Anexo I RSP, tendrán obligatoriamente que tener recursos propios para desarrollar las actividades preventivas, mientras que casi el 73% de las empresas que tienen algún tipo de organización preventiva, la tienen de manera exteriorizada o ajena a la misma⁶⁸⁵. Esta situación es la que ha dado lugar a la proliferación del conocido mercado de los servicios de prevención y que, casi desde el inicio, fue objeto de abundantes críticas; lo que dio lugar a que, en el año 2003 y entre los objetivos de modificación de la normativa de prevención, se encontrara precisamente el de potenciar los recursos internos o propios⁶⁸⁶.

Sin embargo, las soluciones aportadas por el legislador no redundaron en la finalidad de provocar una interiorización del modelo de organización preventiva, siendo una cuestión que la Estrategia Europea de Seguridad y Salud y la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el trabajo (2007-2012) han vuelto a plantear, pronunciándose sobre la necesidad de que las empresas cuenten con recursos propios que se encarguen de las tareas preventivas. Sin embargo, el resultado de tales estrategias ha ido más bien en la dirección de fomentar la figura del empresario como alternativa para organizar y realizar las actividades preventivas⁶⁸⁷. Una posibilidad de uso fuertemente limitado tanto por el reducido volumen de la plantilla de la empresa que la permite legalmente, por el hecho de que se trata de una fórmula organizativa que no es aplicable en el caso de las empresas que desarrollen actividades consideradas como peligrosas por el RSP, y, finalmente por las exigencias de capacidad y de formación del propio empresario así como de su presencia en la empresa de forma habitual.

Así pues, la alternativa más fácil de fórmulas organizativas de tipo empresarial, al margen de la existencia de SPP y de la frecuente exteriorización de las actividades preventivas, sigue siendo la del trabajador designado; y ello pese a las numerosas modificaciones normativas a las que se ha hecho mención. Se trata de la fórmula más desconocida y menos usada por las empresas, pese a que la Directiva y la LPRL le otorgan un carácter aparentemente preferente. Varios pueden ser los motivos que han llevado, tanto a las empresas como a los agentes sociales, a los jueces, y al propio legislador, a relegar a un segundo, o tercer plano, a los trabajadores designados. Junto

⁶⁸⁵ Los datos más recientes obtenidos son del año 2009, y se pueden encontrar en el observatorio estatal de condiciones de trabajo, en línea: <http://www.oect.es/portal/site/Observatorio/menuitem.02f24b227be1a22f7ac3d63062c08a0c/?vgnextoid=a0ed681b3ac62310VgnVCM1000008130110aRCRD&vgnextchannel=38bb46a815c83110VgnVCM100000dc0ca8c0RCRD>

⁶⁸⁶ Dictamen sobre el Anteproyecto de la Ley de Reforma del Marco normativo de la Prevención de riesgos Laborales, en línea: <http://www.ces.es/documents/10180/18507/dic072003>

⁶⁸⁷ Así se ha podido ver en las últimas reformas normativas: Ley 25/2009, de 22 de diciembre y RD 337/2010, de 19 de marzo, y Ley 14/2013, de 27 de septiembre

a las circunstancias históricas que en un primer momento pudieron ser parte de la causa de esta escasa aplicación, sin duda otros factores han determinado la inexistente aplicación práctica del sistema de designación individual de las actividades preventivas, tales como: la consideración por parte de los jueces de esta modalidad organizativa como “*un modo de gestionar la prevención a medio camino*”⁶⁸⁸; la falta de regulación de la figura con la consiguiente inseguridad jurídica; las dificultades jurídicas que plantea; y, finalmente, el abundante desarrollo normativo de las restantes fórmulas organizativas. .

Pero no sólo esto, hay otros motivos que han llevado a las empresas, que podrían haberse planteado esta opción, a no elegirla finalmente. Dos son, fundamentalmente, las razones que han hecho que la mayor parte de las empresas hayan optado por una modalidad de servicios externos. En primer lugar, el hecho de tener que someter el sistema de prevención, cuando es interno, a una auditoría, una obligación que no existe si se externaliza la prevención; de forma que la auditoría de prevención se convierte en un elemento desincentivador del sistema de designación individual o de utilización de recursos propios y de asunción por el propio empresario. Y, en segundo lugar, la aplicación del régimen de garantías a estos trabajadores, semejantes a los de los representantes, que ha sido entendido por el empresario como un condicionante y una limitación de sus poderes empresariales; algo que intentará evitar cuando la Ley se lo permita, lo que ocurre prácticamente siempre, salvo en los casos en que esté obligado a constituir un SPP.

Como se ha dicho, cuando el legislador toma conciencia de la configuración real que se ha producido en relación con la organización de la prevención tras la aprobación del RSP, dicta la Ley 54/2003, de 12 de diciembre, de reforma del marco normativo de la prevención de riesgos laborales, siguiendo la pautas marcadas por el acuerdo Tripartito de 2002 e introduciendo nuevas figuras o sujetos encargados de la prevención. De esta forma, en vez de potenciar al trabajador designado, algo que, por otro lado, estaba en perfecta consonancia con las directrices de la UE, se olvida completamente de él y crea las figuras del llamado recurso preventivo y del trabajador asignado, así como, con el RD 171/2004, del encargado de coordinación en prevención; multiplicando así el número de recursos humanos con funciones preventivas pero haciendo muy

⁶⁸⁸ STS de 12 de mayo de 1999 (R°. 3225/1998, sala de lo social) y STS de 20 de diciembre de 1999 (R°.1441/1999 sala de lo social). El trabajador designado es una figura residual a establecer cuando la empresa no necesite constituir un servicio de prevención, y a la que se puede concebir como un vigilante de seguridad pero sin funciones ejecutivas, y por tanto, sin necesidad de dedicarse en exclusividad a la función preventiva. Así lo establece OJEDA AVILÉS, A., Claves interpretativas de la Ley 31/1995, de prevención de riesgos laborales, La Ley, Tomo 1, pp. 1.885, D-21: “lo que podríamos denominar vigilantes de seguridad reciben escasa atención por la Ley, al punto de no proporcionar una definición precisa de sus funciones, alude a ellos, simplemente como trabajador designado por el empresario para dedicarse a la actividad de prevención, e incluso de no intentar siquiera asignarles una denominación típica”.

compleja una actuación eficaz en prevención⁶⁸⁹. Así pues, aunque no se trata de nuevas fórmulas de organizar la prevención, la introducción de este tipo de sujetos responsables de la prevención, modifica, en cierto modo, la forma de organizar la prevención en la empresa, abriendo un amplio abanico de posibilidades y, con ello, de problemas e incertidumbres⁶⁹⁰.

Conviene recordar, antes de pasar al análisis de la fórmula de la designación individual de trabajadores, que, pese a las incoherencias del legislador y a las interpretaciones vertidas sobre esta figura, lo adecuado es que se realice una interpretación conforme a la cual los trabajadores designados se configuren como una fórmula o modalidad más de organizar la prevención. Y ello no sólo por la indicación del art. 30.1 LPRL, sino porque los trabajadores designados constituyen, en sí mismos, el servicio que hace la prevención para la empresa, ya que el servicio de prevención, como se ha repetido en este trabajo, no es un órgano, sino más bien un conjunto de funciones⁶⁹¹.

2. LOS SUJETOS QUE DE FORMA INDIVIDUAL SE PUEDEN ENCARGAR DE ACTIVIDADES PREVENTIVAS DENTRO DE LA EMPRESA

La LPRL ha configurado como una de las modalidades de organización de la prevención al mal denominado trabajador designado que es un trabajador de la empresa, o un trabajador contratado a estos efectos por la empresa, en el que deben concurrir una serie de requisitos para que sean considerados como modalidad organizativa. Pero antes de entrar a analizar el posible estatuto jurídico de este sujeto, es imprescindible diferenciar esta figura de otras que han ido apareciendo a lo largo del tiempo y que no se constituyen como modalidad organizativa en sí mismas, sino simplemente se configuran como sujetos que deben concurrir en las empresas a efectos de cumplir y hacer cumplir las prescripciones que las normas de seguridad y salud imponen. En este sentido, habrá que distinguir al trabajador designado, del recurso preventivo y del trabajador asignado; habrá que distinguirlo también de la figura del

⁶⁸⁹ MOLINA HERMOSILLA, O. y MOLINA NAVARRETE, C., M., *La reforma del marco reglamentario de la gestión preventiva “de” y “en” la empresa: otra desenfocada y confusa intervención normativa (Comentario sistemático del RD 604/2006, de 19 de mayo)*, CEF, Revista de Trabajo y Seguridad Social, núm. 281 y 282, 2006, pp. 94; RAMOS QUINTANA, M. I., *El marco normativo de la prevención de riesgos laborales, aspectos críticos de la reforma introducida mediante la Ley 54/2003, de 12 de diciembre*, Relaciones Laborales, núm. 2, 2005 pp. 21.

⁶⁹⁰ LUQUE PARRA, M., *Recursos Preventivos: una conceptualización compleja a la luz de las últimas reformas normativas*, IUSLABOR, núm. 1, 2007, (versión electrónica); IGARTÚA MIRÓ, M. T., *Organización de la prevención en la empresa: de los excesos de la externalización al tímido fomento de los recursos propios. Reflexiones críticas al hilo de dos disposiciones recientes (RD 337/2010 y RD 404/2010)*, Documentación Laboral, núm. 88, 2010, pp. 106-107.

⁶⁹¹ ALARCON CARACUEL, M., “Los deberes del empresario respecto a la seguridad y salud de sus trabajadores”, en AA.VV., *La prevención de riesgos laborales. Aspectos clave de la Ley 31/1995*, Navarra, Aranzadi, 1996, pp. 101 y ss.; LOPEZ-ROMERO GONZÁLEZ, M. P., *La organización de la prevención en la empresa: los servicios de prevención*, Actualidad Laboral, Vol. 3., 1997, pp. 915.

coordinador de prevención del RD171/2004, de 30 de enero, de coordinación de actividades empresariales, y de la del coordinador de seguridad y salud de las obras de construcción del RD 1627/1997, de 24 de octubre, de disposiciones mínimas sobre seguridad y salud e obras de construcción; y, por último, del delegado de prevención en cuanto sujeto que tiene igualmente ciertas funciones preventivas, aunque desde una óptica de representación de los trabajadores y de control de la prevención realizada por el empresario.

A continuación se analizan todos estos sujetos, no desde las múltiples perspectivas que se podrían estudiar, por cuanto son figuras destacadas y emblemáticas en el ámbito de la prevención de riesgos, sino sólo desde la de sujetos que, perteneciendo a la órbita del sistema de prevención, no se configuran como modalidad organizativa, y menos aún como trabajadores designados. Así pues, el estudio se centrará en la definición de quiénes son estos sujetos y su confluencia con los trabajadores designados.

2.1. Trabajadores Designados: la primera modalidad organizativa

Para poder entender los siguientes apartados donde se definen todos estos sujetos, es necesario hacer una breve referencia a la figura del trabajador designado, sin perjuicio de que posteriormente se realice un análisis en profundidad. Lo más importante a tener en cuenta es la categorización del trabajador designado como una de las modalidades o fórmulas de organización de la prevención de riesgos laborales permitidas por la Ley, junto a la de los servicios de prevención, o a la de asunción propia por el empresario. Sin embargo, los recursos preventivos, los trabajadores asignados, los encargados de la coordinación, los coordinadores de seguridad y los delegados de prevención, no son en sí mismos modalidades de organización preventiva, sino que forman parte, voluntaria o necesaria, del sistema más general de gestión técnico preventiva de la empresas.

Como ya se ha mencionado, los trabajadores designados son considerados por la Directiva Marco y, por ende, por la normativa interna que la traspone, como la primera y primordial fórmula a partir de la cual se debe organizar la prevención dentro de una empresa. En este sentido, a diferencia de los servicios de prevención, que son un conjunto de medios organizados para los que la LPRL y el RSP establecen determinados requisitos, los trabajadores designados son figuras individuales que se encargan de realizar las actividades preventivas en la empresa. No obstante, como se acaba de mencionar, el hecho de que se trate de trabajadores individualmente considerados respecto de los que no se exigen los requisitos de un servicio de prevención propio (ni mucho menos, los de uno ajeno), no significa que no se configuren, en todo caso, y necesariamente, como un conjunto de medios organizados que se encargan de las actividades preventivas en una empresa, lo que no se aleja

tanto, al fin y al cabo, del concepto esencial de servicio de prevención⁶⁹². Así que, siendo todas ellas modalidades organizativas de prevención, la diferencia entre unas y otras radica en los elementos constituyentes, establecidos, fundamentalmente en el RSP.

La figura del trabajador designado se recoge en el art. 30 de la LPRL y en los arts. 12 y 13 del RSP, con el inconveniente de que ninguna de las normas ha regulado, ni en su versión inicial, ni en sus sucesivas modificaciones, esta modalidad organizativa en profundidad. Por tanto, la característica fundamental de los trabajadores designados es la inseguridad jurídica que los rodea en su posible aplicación práctica, y no sólo por la utilización de conceptos jurídicos indeterminados, sino por la falta de regulación de prácticamente todas las cuestiones que les pueden afectar. Esto conlleva que las empresas no sepan, por ejemplo, cuántos trabajadores designados tienen que tener, cuáles y cuántos son los medios materiales y la formación con la que deben contar, cuáles son las actividades preventivas que pueden y no pueden realizar, cuáles son sus obligaciones, etc. Difícilmente se explica, desde un punto de vista jurídico-preventivo, que siendo la modalidad organizativa principal, sobre la que deberían pivotar el resto de fórmulas, el legislador apenas la haya regulado, máxime si se compara con la regulación de la que se ha dotado, y aún se sigue dotando, a los servicios de prevención (ajenos fundamentalmente, aunque también los propios y los mancomunados). Pero sobre esta cuestión se volverá más adelante en este mismo capítulo.

2.2. Recursos Preventivos Designados y Trabajadores Asignados como Recursos Preventivos

Trabajadores designados, recursos preventivos y trabajadores asignados son figuras que necesitan ser diferenciadas para poder entender el régimen jurídico de cada una de ellas; no exclusivamente porque sólo el primero se articula como una modalidad organizativa exigible por la norma, sino porque en ocasiones puede ser la misma persona quien encarne estas figuras. No obstante, y pese a que pueda tratarse de la misma persona, es importante diferenciarlas porque las funciones de unos y otros son distintas y eso puede dar lugar a diferentes situaciones de hecho, diferentes obligaciones y diferentes responsabilidades.

El recurso preventivo y el trabajador asignado están regulados en el artículo 32 bis LPRL y en el artículo 22 bis RSP. Pero como ocurre respecto de los trabajadores designados, se trata de una regulación muy escueta que nada establece sobre el número de recursos preventivos (designados o asignados) que hay que nombrar, la formación y

⁶⁹² A diferencia de alguna opinión doctrinal OJEDA AVILÉS, A., *Claves interpretativas de la Ley 31/1995 de prevención de riesgos laborales*, diario La Ley, tomo I, 1997.

capacidades que deben tener en cada caso, o los medios materiales con los que deben contar. Sobre la formación, lo único que pueden extraerse es que, al menos, deberán contar con una formación de nivel básico, determinación claramente insuficiente en cuanto que es obvio que habrá situaciones que requieran otra formación de mayor nivel. Pero la norma no ha dado ni siquiera criterios para especificar cuándo será necesario que estos sujetos tengan una formación superior⁶⁹³.

La existencia misma del recurso preventivo y el trabajador asignado aparece como una medida preventiva complementaria del resto de las obligaciones del empresario, de conformidad con la Ley 54/2003, introduciéndose con el objetivo de vigilar y controlar momentos concretos de la actividad productiva, en determinados supuestos⁶⁹⁴. La presencia del recurso preventivo o del trabajador asignado implica así una vigilancia a través de la cual se comprueba la eficacia de las actividades preventivas previstas en la planificación, así como la adecuación de tales actividades a los riesgos que pretenden prevenirse o a la aparición de riesgos no previstos y derivados de la situación que determina la propia necesidad de la presencia de los recursos preventivos⁶⁹⁵. Tanto unos como otros se han configurado, por tanto, como sujetos necesarios en determinadas circunstancias, pero con determinadas características y elementos diferentes a los trabajadores designados. En consecuencia es necesario, por una parte, establecer los elementos que diferencian a los trabajadores designados de los recursos preventivos; por otra parte, distinguir entre trabajadores designados y trabajadores asignados; y, en tercer lugar, establecer la distinción entre trabajadores asignados y recursos preventivos, señalando éstos pueden ser coincidentes con el trabajador asignado.

⁶⁹³ PEREZ CAPITÁN, L., *Un comentario a la Ley de Reforma del Marco Normativo de la Prevención de Riesgos Laborales*, Justicia Laboral, núm. 16, 2003, pp. 21.

⁶⁹⁴ LUQUE PARRA, M., *Recursos Preventivos: una concepción compleja a la luz de las últimas reformas normativas*, Iuslabor, núm. 1, 2007, (versión electrónica); CARRERO DOMINGUEZ, C., *La nueva regulación de la prevención de riesgos laborales: una solución de retoque*, Temas Laborales, núm. 73, 2004, pp. 62-65; CAMAS RODA, F., *El proyecto de ley de reforma del marco normativo de prevención de riesgos laborales (la seguridad y salud laboral como cuestión prioritaria)*, Aranzadi Social, núm. 12, 2003, (versión electrónica); DOMINGUEZ PEREJÓN, C., *Las nuevas obligaciones e infracciones tras la reforma del marco normativo de la Ley de prevención de riesgos laborales*, Temas Laborales, núm. 73, 2004, pp. 91-95. INSHT., Nota Técnica de Prevención núm. 994: El recurso preventivo, en línea: <http://www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Documentacion/NTP/NTP/Ficheros/961a972/ntp-994%20w.pdf>

⁶⁹⁵ La no designación o asignación de recursos preventivos da lugar a la correspondiente responsabilidad/es de las empresas incumplidoras: STSJ de País Vasco de 19 de octubre de 2010 (R°. 1683/2010, sala de los social).

2.2.1. Diferencias entre Trabajadores Asignados y Recursos Preventivos

Por lo que se refiere a la primera cuestión, el trabajador designado se constituye legalmente como la modalidad organizativa de prevención principal de manera que será necesario tener trabajadores designados en función del tamaño de la empresa y del tipo de actividades que se realizan, salvo que estos trabajadores designados sean insuficientes y haya que acudir, de forma complementaria, a otra modalidad permitida por la Ley (art. 30 y 31 LPRL y art. 11 y 12 RSP). Sin embargo, un recurso preventivo (o un trabajador asignado) no son modalidades organizativas en sí mismas, sino que serán necesarios y obligatorios sólo en determinados casos y ello sin perjuicio de que la empresa pueda voluntariamente nombrar a determinados trabajadores como recurso preventivo o como trabajador asignado en calidad de mejora del sistema preventivo de la empresa.

Los tres supuestos en los que se determina como obligatoria la presencia del recurso preventivo (o del trabajador asignado) son: a) cuando los riesgos puedan verse agravados o modificados en el desarrollo de la actividad productiva por la concurrencia de operaciones diversas; b) cuando se trate de procesos o actividades consideradas reglamentariamente peligrosas o con riesgos especiales (art. 22 bis RSP); o, c) cuando la necesidad de dicha presencia sea requerida por la ITSS⁶⁹⁶. Junto a esa presencialidad, la vigilancia del cumplimiento de las medidas preventivas se constituye como la función principal de los recursos preventivos, de forma que estos deberán comprobar la eficacia de las actividades preventivas previstas en la planificación y la adecuación de las actividades a los riesgos que pretenden evitarse. Para ello elaborarán las indicaciones necesarias para el correcto cumplimiento de las actividades preventivas, y deberán poner tales circunstancias en conocimiento del empresario para que éste adopte las medidas necesarias para corregir las deficiencias. Pero esta obligación en nada sustituye a la de tener una modalidad organizativa de la prevención en cada empresa mediante los trabajadores designados que, en su caso, se consideren necesarios⁶⁹⁷.

⁶⁹⁶ PEREZ CAPITÁN, L., *Un comentario a la Ley de Reforma del Marco Normativo de la Prevención de Riesgos Laborales*, op. Cit., pp. 18-20

⁶⁹⁷ PARAMIO PARAMIO, A., *La figura del recurso preventivo: análisis del Real Decreto 604/2006, de 19 de mayo, por el que se modifican el Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, y el Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre*, Información Laboral, núm. 29, 2006, pp. 2-34; ALEGRE NUEVO, M., *La presencia del recurso preventivo en las obras de construcción*, Gestión Práctica de Riesgos Laborales, núm. 97, 2012, pp. 46-49; BEZARES PÉREZ, M^a. P., FERNÁNDEZ LANDA, J., *El recurso preventivo, la figura, sus funciones y las situaciones que requieren su designación*, Revista técnica de seguridad y salud laborales, núm. 198, 2011, pp. 6-16; MAESO CABALLERO, J., *Responsabilidad de los coordinadores de Seguridad y Salud y los servicios de Prevención en las obras de construcción, con especial referencia a los recursos preventivos*, Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro, núm. 9, 2007, pp. 17-20; RAMOS QUINTANA, M. I., *El marco normativo de la prevención de riesgos laborales: aspectos críticos de la reforma introducida mediante la ley 54/2003, de 12 de diciembre*, Relaciones laborales, núm. 1, 2005, pp. 197-220; GARCÍA VIÑA, J., *Primeras aproximaciones a la*

Ahora bien, y aquí la segunda cuestión, puede ocurrir, porque el legislador así lo ha querido, que coincidan en la misma persona la figura del trabajador designado y la del recurso preventivo. Y así se ha establecido expresamente en el art. 32 bis 2 LPRL, en el que se prevé que el recurso preventivo pueda ser cualquier persona que forme parte de la organización preventiva de la empresa. De esta forma, recurso preventivo siempre será: o un trabajador designado, o una o varias personas integrantes del SPP, o una o varias personas del SPA. Puede afirmarse, entonces, que la composición e integración de los recursos preventivos en la empresa está directamente relacionada con el modelo de servicio de prevención por el que haya optado la misma o se haya visto obligada a elegir⁶⁹⁸.

Ahora bien, es importante diferenciar ambas figuras, porque aunque concurren en una misma persona, las funciones de unas y otras son distintas, pudiendo serlo también las garantías y posibles responsabilidades; y ello aunque sea complicado discernir funciones, teniendo en cuenta que todas las actividades que realicen giran en torno a las medidas de prevención. Una de las cuestiones que diferencian al trabajador designado del recurso preventivo es que este segundo deberá estar presente en el momento en el que se realicen los trabajos o actividades para los que son requeridos, mientras que la condición de trabajador designado no conlleva necesariamente una presencialidad constante. En consecuencia, la presencia y la vigilancia concreta se configuran como elementos característicos del recurso preventivo y, a su vez, diferenciadores del trabajador designado. Pero, además, hay que tener en cuenta que el trabajador designado tiene que realizar una serie de actividades preventivas que no son competencia del recurso preventivo. A saber, y en función de las actividades encomendadas, deberá: realizar evaluaciones de riesgos, confeccionar el Plan de Prevención, elaborará la planificación de la actividad preventiva, y controlará el cumplimiento de las medidas necesarias en esa planificación, la formación y la información, etc. Todas ellas competencias únicas de los trabajadores designados y, en ningún caso, de los recursos preventivos; y tampoco, cabe anticiparlo, de los trabajadores asignados.

2.2.2 Diferencia entre Trabajadores Designados y Trabajadores Asignados y entre éstos y los Recursos Preventivos.

Cuestión diferente es cuando se está ante la figura del trabajador asignado como recurso preventivo. En este caso, habrá que distinguir la figura del trabajador designado de la del trabajador asignado, incluso matizando las diferencias entre el

Ley 54/2003, de 12 diciembre, de reforma del marco normativo de la prevención de riesgos laborales, Aranzadi social, núm. 5, 2003, (versión electrónica)

⁶⁹⁸ PEREZ CAPITÁN, L., *Un comentario a la Ley de Reforma del Marco Normativo de la Prevención de Riesgos Laborales*, op. Cit., pp. 20-21

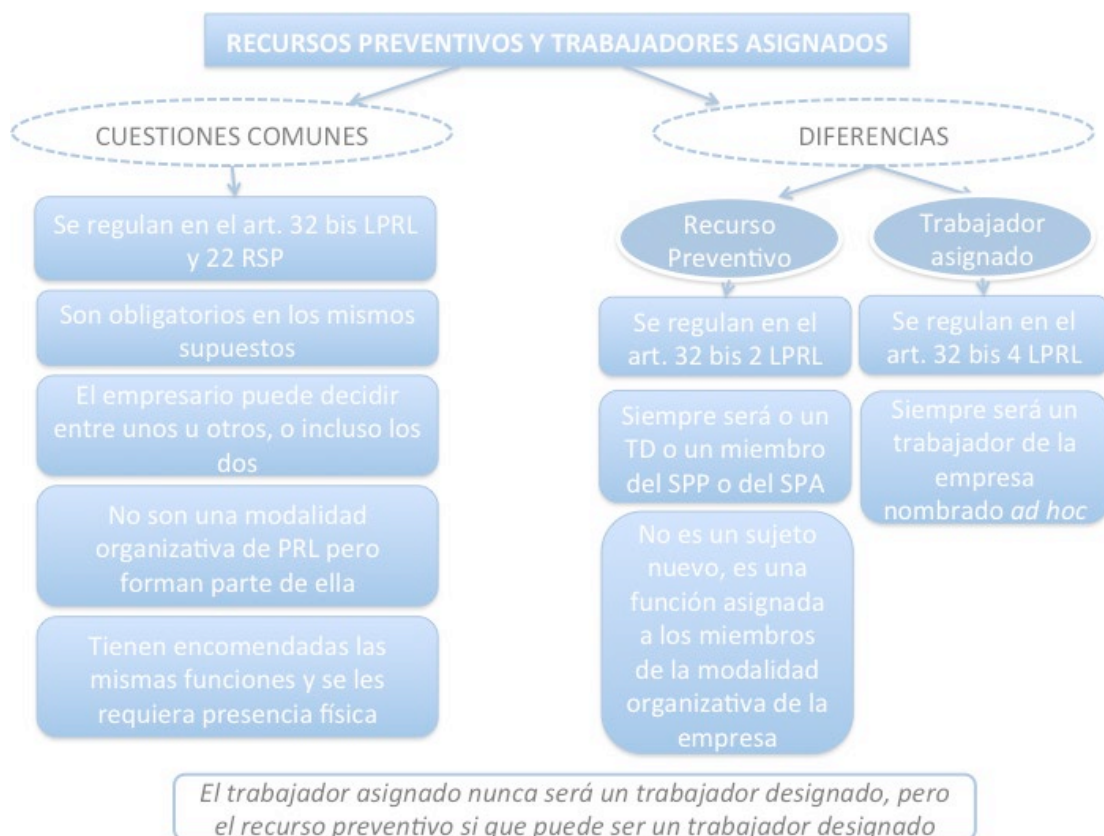
trabajador asignado y el recurso preventivo. En este sentido, el trabajador asignado es una figura alternativa a la del recurso preventivo pero con la que también se cumple la obligación impuesta al empresario por el art. 32 bis LPRL. De forma que el empresario puede asignar la presencia como recurso preventivo a un trabajador que no tenga la condición de trabajador designado ni de integrante del SPP o del SPA; para lo cual el legislador permite que el empresario pueda asignar la presencia como recurso preventivo a un trabajador con conocimientos, cualificación y experiencia, y siempre que tenga, al menos, formación en PRL de nivel básico. Dicho de forma sintética, un trabajador asignado se convierte en un recurso preventivo, pero no siempre un recurso preventivo se materializa en la asignación de un trabajador ya que pueden serlo igualmente el trabajador designado, o alguno de los integrantes de los SPP o de los SPA.

Además, existe una diferencia fundamental que condiciona la elección por parte del empresario. Cuando el empresario nombra a un trabajador como recurso preventivo (al que se está llamando trabajador asignado) la propia norma establece la necesidad de que ese trabajador cuente con experiencia en las actividades o procesos para los que se le requiera; mientras que si el empresario nombra como recurso preventivo a un trabajador designado o a un trabajador del SPP o del SPA no se exige esa experiencia previa, al menos, no legalmente. Por tanto, si bien en ambos casos deberán poseer formación suficiente y adecuada, capacidad, conocimientos y cualificación, parece que la experiencia sólo se predica de los trabajadores asignados (art. 32 bis 4 LPRL).

Sin perjuicio de ello, pueden concurrir en la misma empresa recursos preventivos y trabajadores asignados, por cuanto se ha previsto la necesaria coordinación entre unos y otros. Quizá la cuestión en estos casos dependa de la exigencia de que los recursos preventivos en la empresa deben ser completados ya que deben ser suficientes en número, aunque esta suficiencia no se haya concretado en la norma. Se ha podido incluso plantear la duda de si los trabajadores asignados son o no una figura alternativa a la de los recursos preventivos por cuanto la LPRL expresamente dice que en los casos de trabajadores asignados estos deberán mantener la necesaria colaboración con los recursos preventivos de la empresa, pudiendo deducirse de esta expresión que los trabajadores asignados son, más bien, unos colaboradores de los recursos preventivos. El RSP nada establece a estos efectos, sin embargo, el Criterio Técnico de la ITSS⁶⁹⁹ viene a aclarar esta cuestión, definiendo al trabajador asignado como una posibilidad más del cumplimiento del art. 32 bis LPRL. Por tanto, se configura como algo alternativo al recurso preventivo que, a su vez, es trabajador designado o miembro del

⁶⁹⁹ Criterio Técnico Núm. 83/2010 sobre la presencia de recursos preventivos en las empresas, centros y lugares de trabajo, en línea: http://www.empleo.gob.es/Itss/web/ca/Atencion_al_Ciudadano/CRIT_TECNICOS/index.html que sustituye al Criterio técnico 39/2004 sobre presencia de recursos preventivos a requerimiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

servicio de prevención, pero es, al fin y al cabo, un recurso preventivo. En todo caso, es necesario diferenciar al trabajador designado del trabajador asignado, partiendo del hecho de que el trabajador designado y el trabajador asignado son dos personas distintas, con diferentes funciones y que nunca pueden confluir en un mismo sujeto, pese que las nomenclaturas puedan llevar a errores en este sentido. Con un el siguiente cuadro comparativo se pretende aclarar las diferencias y semejanzas entre los recursos preventivos y los trabajadores asignados y a su vez entre estos y el trabajador designado.



2.2.3 Garantías de los Recursos Preventivos y los Trabajadores Asignados

Una de las cuestiones más importantes en relación con los recursos preventivos y los trabajadores asignados consiste en determinar si tienen las mismas garantías, porque ello da cuenta del valor de las funciones que realizan estas figuras dentro de la organización preventiva de la empresa. Cuando se hace referencia a las garantías se está pensando en la aplicación a estos trabajadores con funciones preventivas de las establecidas en el art. 30.4 LPRL que, a su vez, remite a las fijadas para los representantes de los trabajadores en el art. 68 ET. En este sentido, resulta interesante

traer a colocación los pronunciamientos judiciales que se han ido produciendo en los últimos años al respecto⁷⁰⁰.

De conformidad con lo transcrito, se plantea un interrogante en relación con la posibilidad de aplicar todas o algunas de las garantías descritas a otros sujetos que, dentro del sistema de prevención de riesgos laborales de las empresas, se encargan de hacer tareas de prevención, aun no siendo trabajadores designados o técnicos del SPP. Se trata de los recursos preventivos y de los encargados de la coordinación y coordinadores de seguridad y salud, siendo extensible a ambos sujetos o figuras lo que pueda afirmarse de la figura del recurso preventivo.

Por lo que se refiere a los recursos preventivos hay que diferenciar si se está ante un recurso preventivo designado o asignado, teniendo en cuenta la distinción que ya se vio. En el caso de los trabajadores designados que desempeñan funciones de recurso preventivo, es claro que gozarán de las garantías laborales descritas, y en la forma indicada, por su condición de trabajadores designados de la empresa, o miembros del servicio de prevención propio de la empresa; cosa que no sucede si se trata de trabajadores asignados, al no formar parte de la modalidad preventiva interna de la

⁷⁰⁰ STSJ de Andalucía, de 10 de mayo de 2012 (Rº. 1994/2011, Sala de lo Social): “*En el presente supuesto, el trabajador accionante ni formaba parte del servicio de prevención de la empresa -no constituido-, ni había sido designado para que se encargara de las funciones de prevención de riesgos laborales, con el contenido atribuido por la Ley para el desarrollo de las funciones que le son propias, sino únicamente como recurso preventivo con las más limitadas funciones y ámbito de actuación que se define en el art. 32.bis, que ya hemos consignado en parte. Y de la lectura de este precepto no se pone de manifiesto dato alguno que permita extender las garantías que el art. 30 establece en protección de los “trabajadores designados” para la prevención de riesgos laborales o para los miembros del servicio de prevención constituido en la empresa, sin que haya ninguna razón para ampliar la aplicación a los “recursos preventivos propios” de una garantía que ha sido expresamente establecida por el legislador únicamente para aquellos responsables de la prevención de riesgos laborales, con funciones más extensas y comprometidas que las correspondientes al recurso preventivo propio del art. 32 bis 4. de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, que se limitan a vigilar el cumplimiento de las actividades preventivas, en los supuestos a los que se refiere el apartado uno de ese mismo precepto, con distinta responsabilidad que los “trabajadores designados”. En este mismo sentido se manifestó, lo que puede ayudar a interpretar la que se nos antoja como clara voluntad del legislador, la Dirección General de Trabajo, en consulta de fecha 27 de febrero de 2009, cuando mantiene que no les asiste las mismas garantías que a las «trabajadoras y trabajadores designados» o «miembros de servicios de prevención propios» nombrados como Recursos Preventivos. Por tanto, hay que convenir que el trabajador demandante no está amparado por lo dispuesto en el art. 30.4 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y, en consecuencia, que la empresa no cometió infracción alguna cuando lo incluyó entre los trabajadores que vieron extinguida su relación laboral autorizada por Resolución Administrativa, por lo que estimamos el recurso de la empresa, con revocación de la sentencia recurrida, y con la consiguiente desestimación de la demanda interpuesta por el actor”.*

empresa. Así, parece que se deriva de lo establecido en la norma⁷⁰¹ y así lo indica la jurisprudencia de manera general. Sin embargo, esta distinción es objeto de discusión ya que hay alguna sentencia que, ponderando aspectos como la habitualidad de la asignación o el carácter permanente de las actividades a vigilar, ha concedido las garantías laborales a los trabajadores asignados⁷⁰².

Si bien la distinción entre trabajador designado y asignado parece en principio clara en función de que sea o no a la modalidad preventiva, se observa en la jurisprudencia que esta diferenciación queda superada por los elementos que rodean el nombramiento del trabajador en un caso o en otro, y se estima que la pretendida asignación por parte de la empresa deba considerarse en realidad como situación más próxima a la designación, con la consecuente extensión de las garantías laborales. Lo mismo podría ocurrir respecto del encargado de la coordinación cuando las circunstancias pueden dar lugar a la proximidad funcional del encargado con el trabajador designado, y al carácter permanente de sus funciones. Algo más complicado puede ser el caso del coordinador de seguridad y salud en obras de construcción, aunque no se descarta la misma interpretación a la busca de una mayor protección de este tipo de trabajadores con funciones preventivas.

A este respecto, puede destacarse la STSJ de Andalucía, de 10 de mayo de 2012 (R° 1994/2011, sala de lo social), que declara la procedencia del despido del trabajador asignado en su condición de recurso preventivo al incluirlo en un ERE dentro del

⁷⁰¹ INSHT., Nota Técnica de Prevención núm. 994: El recurso preventivo, en línea:<http://www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Documentacion/NTP/NTP/Ficheros/961a972/ntp-994%20w.pdf>

⁷⁰² El nivel de capacitación y de formación del técnico de prevención no se plantea como un elemento que sirve para dirimir si se otorgan o no las garantías. Tal es el caso de una sentencia en la que el trabajador asignado era un técnico de nivel básico. Es la STSJ de Madrid, de 17 de diciembre de 2013 (R°. 1490/2013), que establece que: *“nos encontramos ante un trabajador designado recurso preventivo, no tratándose de un trabajador “asignado” como sostiene la empresa, con lo que le asistirían las garantías de referencia, sin que obste para nada a lo anterior el hecho de que el demandante no firmase el acta de designación, como se pretende, lo cual no implica que no exista la designación referida, no siendo en modo alguno de recibo las alegaciones de la recurrente, en absoluto justificadas, máxime cuando en la carta de despido reconoce que el actor venía asumiendo las funciones de Recurso Preventivo desde el año 2004, lo que echa por tierra su afirmación de que se le asignó como tal para obras concretas. Debiendo subrayarse que, según se indica en la sentencia de instancia, tales designaciones son consecuencia de que, como se afirma en la carta de despido, el demandante es el único trabajador de la plantilla de la empresa que reúne la capacitación legal necesaria para el desempeño de las funciones de “recurso de prevención”, habiendo quedado probado que había recibido formación suficiente, a la vista del diploma que XXXXXXXXX expidió al actor, el 1 de noviembre de 2004, por haber realizado el curso básico de Prevención de Riesgos Laborales en la Construcción, con una carga lectiva de 50 horas”*.

grupo de trabajadores despedidos, llegándose a la conclusión de que a este trabajador asignado no le amparan las garantías establecidas para los trabajadores designados. A este efecto, el propio Tribunal señala la diferencia entre trabajador designado y recurso preventivo, entendiendo que a los recursos preventivos no les asisten las mismas garantías que a los trabajadores designados o miembros de los Servicios de Prevención, por lo que los trabajadores asignados como recurso preventivo no estarían amparados por el art. 30.4 LPRL⁷⁰³. Respecto de las garantías resulta interesante preguntarse qué ocurriría si el trabajador recurso preventivo fuera al mismo tiempo trabajador designado o miembro del servicio de prevención. Parece que lo lógico sería diferenciar las funciones que el trabajador realiza como miembro de un servicio de prevención o como trabajador designado, de las que desempeña como recurso preventivo, aplicándose o no, en función de ello, las garantías del art. 68 ET. Ahora bien, exceptuando la garantía del art. 68 a) ET (expediente contradictorio) y aún así será complejo, en el resto de casos es muy difícil discernir entre las distintas funciones; lo que casi inevitablemente lleva a afirmar que las garantías sólo se reconocen al trabajador cuando, siendo recurso preventivo, es trabajador designado, mientras que no podría beneficiarse de esas garantías si es exclusivamente un trabajador asignado que asume la condición de recurso preventivo.

El concepto amplio de sistema de gestión organizativa de la prevención al que se hizo referencia en la introducción de este trabajo, permitiría entender que cualquier trabajador con funciones preventivas que realice de una manera u otra servicios de prevención deba quedar amparado por las garantías establecidas. Por tanto, si estos trabajadores en realidad forman parte de la estructura general organizativa de la empresa, es conveniente unificar criterios de aplicación y, por esta razón, extender las garantías a todos los trabajadores que participen de esa organización cuando realizan funciones preventivas, sean o no trabajadores designados, miembros del SPP o parte del SPA.

En apoyo de la necesidad de ampliar las garantías resulta muy interesante la STSJ de Andalucía, de 28 de junio de 2012 (R°. 2879/2011, sala de lo social), que las aplica a un trabajador que es despedido mediante un proceso de regulación de empleo, introduciendo el elemento de la temporalidad en la asignación de funciones preventivas. Al trabajador en cuestión se le habían asignado funciones de prevención, pero no era, a criterio de la empresa, trabajador designado como tal, o miembro del servicio de prevención; lo que, de conformidad con lo dicho antes, parece llevar a excluirlo de las garantías del art. 68 ET. Esto es, precisamente, lo que sostiene la empresa, la cual alega con el objetivo de que se declare procedente el despido, que este trabajador era trabajador asignado conforme al art. 32. bis 4 LPRL. Pues bien, el TSJ

⁷⁰³ Así se ha manifestado también la Dirección General de Trabajo en consulta de fecha de 27 de febrero de 2009.

hace una interpretación algo diferente, al considerar que: a) la empresa cuando hace la asignación de funciones de prevención usa los términos “designación” y “recurso preventivo propio” (que la empresa lo identifica con el trabajador designado), y, b) además, las funciones encargadas de “la vigilancia del cumplimiento de las actividades preventivas establecidas” se encomiendan de manera constante y permanente, lo que implica una labor preventiva que va más allá de la simple asignación puntual como recurso preventivo. Se trata de algo mucho más amplio que la mera asignación para la presencia en el centro de trabajo de concretas circunstancias de riesgo. Entiende el TSJ, en consecuencia, que en este caso el trabajador forma parte de los recursos preventivos propios (denominación que le da la empresa a los recursos preventivos del art. 32. Bis 2 LPRL) del art. 30 LPRL, ya que se trata de una asignación permanente de funciones durante el desarrollo de la actividad en su centro de trabajo, mientras que el trabajador al que el empresario puede asignar la presencia conforme al art. 32 bis 4 LPRL actúa conforme a una encomienda coyuntural y temporal, y sólo mientras dure la situación que requiere la presencia que se le asignó como función. En este último caso, el Tribunal considera que se debería tratar de un mero colaborador con los trabajadores designados y/o los recursos preventivos, algo que no sucede en el supuesto de hecho en cuestión. La consecuencia de todo ello es que en el primer caso, el trabajador está tutelado por las garantías del art. 30.4 LPRL, mientras que, tratándose de un trabajador asignado en sentido estricto, esas garantías no le tutelan⁷⁰⁴.

⁷⁰⁴ La tendencia de la jurisprudencia es no otorgar las garantías de los representantes a los trabajadores asignados. Así se puede ver claramente en varias sentencias recientes sobre responsabilidad disciplinaria de las trabajadoras asignadas: STSJ de Castilla la Mancha, de 31 de julio de 2013 (R° 512/2013, sala de lo social), en la que se declara procedente el despido disciplinario por vulneración del artículo 54.2 b) y d) ET por parte del trabajador asignado como recurso preventivo, en la que no se admite la aplicación de la garantía de apertura de un expediente contradictorio prevista para los casos de faltas muy graves (art. 68, a) ET). En el resto de sentencias los que se valora a efectos del despido es la conducta del trabajador. Así, la improcedencia o procedencia del despido viene dada por cuestiones como la claridad en las órdenes previas, la situación de riesgo creada, las consecuencias prejudiciales para la empresa o los compañeros de trabajo, la existencia o no de antecedentes, u otras cuestiones que pueden concretarse en la tipificación de las faltas en los convenios colectivos. Establece el Tribunal que el despido es la sanción más severa, y sólo debe tener lugar ante incumplimientos graves y reiterados. La procedencia o improcedencia del despido de un trabajador asignado y recurso preventivo que, en primer lugar, no se requiere que se haya producido un hecho dañoso sino que es suficiente con el incumplimiento por parte del trabajador de las normas o de las obligaciones que se le hubieran encomendado. En segundo lugar, que el hecho de que sean recurso preventivo permite, por un lado, valorar que el trabajador fuera previamente informado de sus obligaciones y analizar si se le ha dotado de los medios capacitadores y materiales para cumplirlas, y, por otro lado, entender que se trata de un trabajador con un plus de responsabilidad que se puede considerar una posible agravante del incumplimiento, modulando la gravedad de la falta (Sentencias del TSJ de Asturias, de 26 de julio de 2013 (R° 1259/2013, sala de lo social) y la de 26 de julio de 2013 (R°1228/2013, sala de lo social); Algo similar ocurre en la STSJ de Castilla y León de 7 de mayo de 2008 (R°.251/2008, sala de lo social); o en la STSJ de Cantabria, de 4 de julio de 2011 (R°. 400/2011, sala de lo social). MANZANO SANZ., F., *Despido de trabajador designado*, Capital Humano, núm. 231, 2009, pp. 114-118.

Varias son las razones que llevan a concluir que los trabajadores asignados deben tener las mismas garantías que los trabajadores designados. En primer lugar que, como se ha dicho, no parece lógico que se apliquen las garantías sólo al recurso preventivo que es trabajador designado, excluyendo en cambio al trabajador asignado que también es recurso preventivo, sobre todo cuando, como tal recurso preventivo, realiza las mismas o semejantes funciones o asume tareas preventivas de cierta entidad y con carácter permanente. Luego las garantías dependen de las funciones más que la denominación o de la calificación del trabajador en el ámbito preventivo. En segundo lugar, que es necesario hacer una interpretación amplia del art. 30.4 LPRL ya que, cuando habla de la ampliación de la garantía prevista para los representantes de los trabajadores a todos los integrantes del servicio de prevención, éste debe entenderse como un concepto amplio que se refiere, con carácter más general, a la estructura de organización de la prevención dentro de la empresa y no tanto a esa concreta forma organizativa. Todo ello, en línea de lo que ya se dijo y se mantiene en este trabajo, en el sentido de que el concepto de servicio de prevención debe ser tomado en un sentido amplio ya que, no abarca sólo a un concreto órgano (perspectiva organicista), sino a una función (perspectiva funcional), por lo hay que incluir en él las diversas formas y recursos organizativos que la empresa pueda articular siguiendo las indicaciones legales. En tercer lugar, y desde una visión más general, no puede promoverse una gestión de la prevención a través de recursos propios dentro de la empresa, si no se produce a cambio una cierta mejora en las condiciones de actuación de esos recursos que además los hagan implicarse en mayor medida en las tareas preventivas que se asignen.

2.2.4 Aceptación del trabajador como recurso preventivo.

Aunque se tendrá ocasión de analizar con cierto detenimiento cuando se estudie la figura del trabajador designado, la aceptación de ciertas funciones preventivas como contenido de la prestación laboral es una de las cuestiones que más problemas prácticos generan. Este apartado se centra el análisis en la aceptación del trabajador asignado como recurso preventivo, ya que, al recurso preventivo cuando es trabajador designado le será aplicable lo que se diga en el epígrafe correspondiente a la aceptación de la designación. De todos modos cabe anticipar en estos casos que cuando ya han aceptado su función de prevención como trabajadores designados (o como miembros del SPP), se genera la obligación de aceptación como recurso preventivo, que en cierto modo queda implícita, siempre que se reúnan las exigencias de formación y capacidad. Huelga decir que si el trabajador y el empresario llegan a un acuerdo sobre la asignación de las funciones se produce la aceptación del trabajador no produciéndose mayores problemas.

Concretamente, y por lo que se refiere a la aceptación de las funciones como trabajador asignado en condición de recurso preventivo, varias son las posibilidades.

La primera, sería que el trabajador al que se le asignan funciones tenga la obligación de llevar a cabo tales tareas cuando sea requerido por el empresario y siempre que reúna las condiciones de formación y capacitación necesarias. Esta asignación de funciones pertenecería al poder de dirección del empresario ordinario (Art. 20.2 y 39.1 ET), siempre y cuando se dé un requisito fundamental: que esas funciones preventivas como trabajador asignado se encuentren dentro del grupo profesional en el que esté encuadrado el trabajador, o que se pactara con el trabajador en su contrato la polivalencia funcional (art. 22.4 ET), dentro de la cual se recogieran estas funciones⁷⁰⁵. Este poder de dirección del empresario le otorga la capacidad para variar, sin alegación de causa y sin límite temporal alguno, ciertas condiciones de trabajo, entre las que podrían encontrarse la asignación de tareas preventivas conforme al art. 32 bis LPRL y 22 RSP⁷⁰⁶.

La segunda posibilidad que se puede plantear es que el empresario haya de cumplir una serie de requisitos para proceder a la asignación de funciones preventivas. En este caso, hay que distinguir dos situaciones. Por un lado, que se asignen estas tareas de manera puntual, durante un tiempo determinado y para los supuestos previstos en la norma (art. 32 bis LPRL), pero que estas funciones excedan del grupo profesional en el que está encuadrado el trabajador, y por otro lado, que se asignen las funciones preventivas del recurso preventivo de manera permanente, pasando el trabajador a ser un recurso preventivo en la empresa en todas las situaciones en las que se le requiera. En el primer caso, y dado que se dan razones organizativas y que esas funciones se realizarán por el tiempo imprescindible, se estaría ante un supuesto de movilidad funcional (art 39.2 ET), al que aplicar las reglas de la misma. En el segundo caso, en cambio, se estará ante un supuesto de modificación sustancial de condiciones de trabajo (art. 39.4 y 41 ET), ya que el cambio de funciones en este caso, además de tener una causa organizativa, se hará de forma permanente o al menos por un tiempo

⁷⁰⁵ VALLE MUÑOZ, F. A., La polivalencia funcional como mecanismo de flexibilidad interna: puntos críticos, *Actualidad Laboral*, núm. 4, 2013, (versión electrónica); ALEMÁN PÁEZ, F., *El encuadramiento profesional*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1995; ALMENDROS GONZÁLEZ, M. A., La clasificación profesional del trabajador: tecnología, organización del trabajo y régimen jurídico, Sevilla, Carl, 2002. CRUZ VILLALÓN, J., y GOMEZ GORDILLO, R., “Comentario al art. 22 ET”, en CRUZ VILLALÓN, J.; GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.; GOERLICH PESET, J. M. y MERCADER UGUINA, J. R., *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Valladolid, Lex Nova, 2014, 3ª. Ed. pp. 305-306. FRANCISCO ALEMÁN PÁEZ, F.; ESTÉVEZ GONZÁLEZ, Mª. C., GRAU PINEDA, Mª. C., *El encuadramiento profesional en la reforma de 2012: Un ejemplo del Derecho del Trabajo de la hipercrisis*. Aranzadi Social, núm. 4, 2012, (versión electrónica)

⁷⁰⁶ GÁRATE CASTRO, F. J., *Determinación cualitativa de la prestación de trabajo: la clasificación profesional*, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm 38, 2014, (versión electrónica); VALLE MUÑOZ, F. A., *La movilidad funcional del trabajador en la empresa*, Madrid, CES, 1998; GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., “Poder de dirección y movilidad funcional. El estado de la cuestión en torno a los nuevos criterios de clasificación profesional: La noción de grupo profesional y el alcance de la expresión derechos profesionales”, en RIVERO LAMAS, J. (Coord.), *La flexibilidad laboral en España*, Universidad de Zaragoza, Instituto de Relaciones Laborales, 1993, pp. 255-266;

indeterminado. Además, la asignación de funciones preventivas de vigilancia y control de la actividad preventiva y la presencialidad del trabajador implican un cambio sustancial en las condiciones del contrato⁷⁰⁷, y ello por varias razones.

Aunque hay algún autor que ha considerado que la asignación como recurso preventivo forma parte del poder de dirección ordinario del empresario⁷⁰⁸, y por tanto no es una modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Para que la modificación tenga carácter sustancial debe incidir sobre aspectos básicos de la condición modificada, esto es de las funciones que el trabajador había contratado y las que se pretende que realice. Cuando se asignan funciones como recurso preventivo a un trabajador de la empresa no se pretende un cambio de funciones de las que venía realizando, sino que se adicionan funciones nuevas. Sin embargo, esta asignación debe considerarse sustancial por cuanto tiene repercusiones y efectos laborales individuales sobre el trabajador (aún más será sustancial si se pretende hacer una asignación de funciones a un colectivo de trabajadores en una empresa)⁷⁰⁹. Se generan una serie de obligaciones preventivas que a su vez derivan en responsabilidades tanto disciplinarias como civiles y penales que, sin duda, da lugar a un cambio en las condiciones del contrato que inicialmente el trabajador firmó. Y es que no se trata de un caso en el que las tareas asignadas son básicas y sencillas, tampoco se trata de una ejecución mecánica de escasa importancia material, sino que al contrario, tiene una importancia cualitativa con un importante alcance temporal⁷¹⁰. Se trata de funciones que debe realizar un trabajador que esté formado a estos efectos en materia de prevención, que tendrá que tomar decisiones y controlar y vigilar el cumplimiento de la prevención, y

⁷⁰⁷ Sobre la sustancialidad o no de la modificación hay que acudir a los criterios jurisprudenciales que se han ido estableciendo a lo largo del tiempo: STS de 10 de octubre de 2005 (R°. 183/2004, sala de lo social), STS de 26 de abril de 2006 (R°2076/2005, sala de lo social).

⁷⁰⁸ SANCHEZ CERVERA, A., *¿Existe la obligación para los trabajadores de aceptar la designación o asignación como recurso preventivo de presencia por parte de la empresa?*, Revista de Formación de Seguridad Laboral, octubre, 2011, pp. 92-97. El autor viene a establecer que la asignación de un trabajador como recurso preventivo, al objeto de complementar y potenciar la prevención dentro de la empresa, no altera las condiciones esenciales del contrato, tratándose de un cambio/adición funcional que no le causa un especial perjuicio y que no da lugar a una orden abusiva o antijurídica, sino, más bien al contrario, la falta de cumplimiento de la asignación de recursos preventivos da lugar a las correspondientes infracciones y responsabilidades.

⁷⁰⁹ Para la determinación de la sustancialidad hay que ver el caso concreto, debiendo partir del hecho que, salvo supuestos de modificaciones muy poco relevantes, el cambio se considerará sustancial BENAVIDES VICO, A., *El ajuste de las condiciones laborales*, Valladolid, Lex Nova, 2013, 2ª ed. pp. 49.

⁷¹⁰ En este sentido se debe traer a colación la STS de 24 de mayo de 2012 (R°. 157/2011, Sala de lo social), en la que se entiende que no se produce una modificación sustancial en los casos en los que las tareas asignadas son tan básicas y sencillas que no se subsumen entre las propias de ningún grupo profesional. Era un caso en el que se exige a los conductores de autobús que se encarguen de la colocación de carteles de destino en los vehículos así como de periódicos auriculares y tareas de limpieza exterior y repostaje. También se puede ver: STS de 22 de julio de 2013 (R°.106/2012, Sala de lo Social).

cuyo negligente cumplimiento puede dar lugar a un perjuicio sobre la vida, salud e integridad física de sus compañeros de trabajo o de él mismo.

Pero por si quedaba alguna duda, el Criterio de la ITSS núm. 83/2010, de 5 de mayo de 2010⁷¹¹, recoge expresamente que esta asignación se encuentra dentro de las facultades directivas del empresario, por lo que, siempre que se cuente con la formación y capacitación exigibles, la asignación de funciones forma parte del poder de dirección del empresario, pero que tiene sus límites en las exigencias del art. 39 ET, cuando se considere movilidad funcional, y del art. 41 ET cuando se considere modificación sustancial de las condiciones del empresario. Así pues, mantiene las tres posibilidades que se pueden dar a la hora de asignar a trabajadores y de obligación de estos de aceptar tal asignación.

2.3. Encargados de la coordinación preventiva y Coordinadores de seguridad y salud en obras de construcción.

Del elenco de figuras o sujetos con funciones preventivas con las que las empresas han de contar hay que mencionar al encargado de la coordinación de actividades preventivas y al coordinador de seguridad y salud en el trabajo en obras de construcción. Su estudio resulta imprescindible, por cuanto, al realizar funciones relacionadas con la seguridad y la salud de los trabajadores, se les debe encuadrar dentro de la organización preventiva de la empresa y como parte del sistema de gestión de la prevención. Aunque las normas que regulan a uno y otro los denominan de la misma manera, como coordinadores de seguridad y salud, es conveniente diferenciarlos, siendo el encargado de la coordinación de actividades preventivas quien actúa como responsable de prevención en todos los supuestos en los que existe concurrencia de actividades, mientras que el coordinador de seguridad y salud es el encargado de la prevención en el sector de la construcción.

2.3.1. Encargado de la coordinación preventiva

El encargado de la coordinación de actividades preventivas está regulado en los arts. 13 y 14 RD 171/2004, de 30 de enero por el que se desarrolla el art. 24 de la Ley de prevención, en materia de coordinación de actividades empresariales, configurándose como el medio de coordinación preferente cuando se dan una serie de condiciones en los procesos productivos de las empresas que concurren físicamente en un mismo lugar de trabajo, con la finalidad de cumplir con las previsiones del art. 24 LPRL,

⁷¹¹ Criterio ITSS 83/2010, de 5 de mayo de 2010, pp. 13 y 14. En línea: http://www.empleo.gob.es/itss/ITSS/ITSS_Descargas/Atencion_ciudadano/Criterios_tecnicos/CT_83-2010.pdf

dedicado a regular, justamente, todos los supuestos, al margen del sector productivo, en los que hay concurrencia de actividades. El encargado de la coordinación es necesario que sea un técnico en materia preventiva ya que lo que se requiere es que tenga una formación preventiva de nivel intermedio, y que reúna los conocimientos, cualificación y experiencia necesarios en las actividades y procesos productivos que requieran dicha coordinación, al menos en los casos en los que se asigna esta función a uno o varios trabajadores de la empresa, o a un trabajador de su estructura jerárquica.

Al igual que ocurría con la regulación de los recursos preventivos, los supuestos en los que es necesario tener un encargado o varios encargados de la coordinación, son bastante ambiguos, pudiendo dar lugar a distintas interpretaciones. Así, en primer lugar, se hace referencia a las actividades o procesos reglamentariamente considerados peligrosos o con riesgos especiales, si bien no se especifican cuáles son por lo que es difícil saber si con ello se hace referencia a las actividades peligrosas del Anexo I RSP, o, por el contrario, al listado establecido en el artículo 22 RSP. Algo similar pasa cuando se establece que los Encargados de coordinación también serán necesarios cuando concurren en empresas que realizan actividades incompatibles entre sí, aunque no se concretan cuáles son esas actividades. O cuando se indica la necesidad de su existencia como consecuencia de la complejidad de la coordinación, haciéndola depender del número de empresas (pero no se dice la cantidad), de los trabajadores concurrentes (cifra que tampoco se concreta), y de las características de los centros de trabajo (cuestión que queda completamente abierta).

Pese a todo, el objetivo de este trabajo no es valorar o interpretar los supuestos en los que es obligatoria la existencia de los encargados de la coordinación, algo que habrá de resolverse caso a caso y en función de todas las circunstancias citadas, sino establecer quiénes pueden ser los sujetos encargados de la coordinación porque con su determinación se puede conocer con más detalle el cuadro organizativo de la prevención que pueden o deben tener las empresas. A este efecto, el art. 13.3. del RD 171/2004, de 30 de enero, contempla cinco posibles alternativas de encargados de la coordinación. En primer lugar, y como ya ocurriera con los recursos preventivos, podrán ser encargados de la coordinación los trabajadores designados, los miembros del SPP o los del SPA. En definitiva, podrá ser encargado de coordinación de actividades preventivas cualquier persona que forme parte de alguna de las modalidades preventivas elegidas por la empresa, y siempre que tenga una formación intermedia en PRL.

En segundo lugar, se pueden encomendar las tareas de coordinación a trabajadores de la empresa que realizan otras funciones dentro de la misma. Se tratará, en este caso, de trabajadores asignados que reúnan los conocimientos, cualificación y experiencia necesarios en las actividades para las que se requiere la coordinación. Por tanto, además de tener una formación de nivel intermedio, en prevención de riesgos

laborales, deberán acreditar formación y experiencia en relación con los trabajos peligrosos o en las actividades que generen riesgos graves o muy graves, o en procesos en los que concurran un importante número de empresas y trabajadores.

En tercer lugar, podrán ser encargados de coordinación los trabajadores que sean cargos o mandos intermedios, es decir, los que ocupen un puesto en la posición jerárquica de la empresa cuando estén capacitados para la coordinación de actividades. En este caso, lo que determina la posibilidad de ser encargado es, por un lado, la posición de mando en la empresa y, por otro, las funciones que ostenta dentro de la empresa ya que el ejercicio de esas funciones le dotan de una especial capacitación para llevar a cabo la coordinación. No obstante, también deberá poseer una formación en PRL de nivel intermedio.

En cuarto lugar, la norma ha previsto la posibilidad de que sea encargado de la coordinación alguien cuya profesión sea precisamente ésta. Se trata de trabajadores de empresas que ofrecen precisamente esta opción entre sus servicios y que el empresario decide subcontractar. Estos trabajadores tienen la ventaja de que gozan de una experiencia concreta en la materia y conocen los mejores mecanismos y las fórmulas más adecuadas para llevar a cabo una correcta coordinación; como desventaja, que no es personal propio de la empresa que pueda conocer mejor su funcionamiento interno, lo que sin duda puede resultar útil en general a efectos preventivos, pero quizás más en los casos de concurrencia de actividades.

Por último, y con una relevancia especial, la norma permite que el encargado de coordinación sea también el recurso preventivo de la empresa, cuando sea necesario que existan en la empresa. Es importante tener en cuenta a estos efectos, que la norma permite que sean encargados de coordinación todos quienes podrían ser recursos preventivos; sólo que añadiendo una condición cual es que, este doble encargo sólo es posible cuando exista compatibilidad con las funciones que tengan encomendadas.

Establecidas las alternativas, varias son las cuestiones que hay que destacar en torno a la figura del encargado de coordinación. La primera se refiere a la formación requerida para el desempeño de la tarea, en relación con lo cual, la propia norma exige que el encargado de la coordinación tenga al menos una formación preventiva de nivel intermedio⁷¹². Lo que ocurre es que la misma norma también prevé que pueda ser encargado de coordinación un recurso preventivo al que, como ya se dijo, únicamente se le exige un nivel básico de formación, o un trabajador designado que puede ser técnico de nivel básico. El nombramiento del encargado/s de la coordinación depende,

⁷¹² Interpretación recogida por el INSHT., Nota Técnico de Prevención, núm. 919, Sobre coordinación de actividades empresariales, 2011, en línea: <http://www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Documentacion/NTP/NTP/Ficheros/891a925/919w.pdf>

en primer lugar, de la formación del nivel intermedio que deben poseer en materia de PRL porque así queda establecido en el art. 14.4 RD 171/2004, de 30 de enero y, además, deberá ser miembro del SPP o trabajador designado; ser trabajadores que ocupan una posición jerárquica, personal externo, del SPA o de empresas que se dedican a la coordinación, trabajador asignado con capacitación y experiencia o, finalmente, recurso preventivo⁷¹³. Así pues, lo razonable será exigir ese nivel de formación como criterio predominante, de forma que, si el encargado de coordinación es a su vez el recurso preventivo y éste sólo tiene un nivel básico, no podrá desarrollar las funciones de encargado de la coordinación. Lo mismo ocurrirá cuando se pretenda que sea encargado de coordinación un trabajador designado u un técnico cuyo nivel de formación sea básico.

La segunda cuestión gira en torno al hecho de que un encargado de la coordinación puede ser un trabajador designado (o un técnico el SPP o del SPA) y también puede ser un recurso preventivo al mismo tiempo y para la misma actividad en la misma empresa. Sin duda, la intención del legislador es clara en este sentido, aunque sea ciertamente criticable. Puede ser razonable que haya ocasiones en las que el encargado de coordinación y el recurso preventivo sean la misma persona, ya que se trata de figuras obligatorias en circunstancias muy similares donde las funciones asignadas son diferentes, y por tanto, acumulativas y compatibles. Además, en ambos casos se exige la presencialidad, que es lo que las reformas normativas en materia de prevención han ido buscando progresivamente. El elemento de la presencialidad es el que realmente fundará la decisión de las empresas acerca de quién puede ser el encargado de la coordinación.

Más problemas plantea el hecho de que la misma persona sea, además de encargado de coordinación, trabajador designado o miembro del SPP o del SPA. Ello por varias razones. La primera, porque no en todos los casos y en todas las empresas puede ser compatible tal acumulación de tareas. Es decir, que dependiendo de qué modalidad organizativa tenga la empresa, del tamaño de la misma, y del número de miembros que la integran o el número de técnicos que van a dedicarse a la misma, así podrá determinarse si puede ser razonable o no tal acumulación de funciones en un único sujeto. En segundo lugar, porque puede perder cierta virtualidad la finalidad de la norma, por cuanto si es el mismo sujeto el que realiza la evaluación y la planificación y toma las medidas en materia de coordinación puede ser más complicado detectar errores; aunque es cierto que esta crítica es más evidente cuando se trata de la

⁷¹³ NAVAS-PAREJO ALONSO, M., *Obligaciones y Responsabilidades de los trabajadores en materia de seguridad y salud laboral*, Valladolid, Lex Nova, 2012, pp.99-100; MONTOYA MEDINA, D. *Coordinación de Actividades preventivas tras la entrada en vigor del RD 171/2004, de 30 de enero*, Aranzadi Social, núm. 14, 2004, (versión electrónica).

acumulación de la condición de trabajador designado y recurso preventivo, y que también es de todo punto criticable.

En definitiva, y al igual que ocurre con el recurso preventivo, cuando es el trabajador designado el que es encargado de la coordinación, en realidad lo que ocurre es que el mismo sujeto acumula las distintas funciones que debe llevar a cabo como tal, y si es recurso preventivo, pues acumula las funciones de éste también. Por su parte, cuando un recurso preventivo que lo es por la vía de la asignación de funciones como trabajador de la empresas, también puede acumular las funciones en su persona de encargado de la coordinación. Este es el supuesto que se deriva de la aplicación del art. 13.4 RD 171/2004, de 30 de enero, en conexión con el art. 13.3. d) de mismo RD.

2.3.2. Coordinador de seguridad y salud en las obras de construcción.

El coordinador de seguridad y salud es una figura preventiva que debe existir en las obras de construcción y cuya regulación se encuentra en los arts. 2.1.e) y f) y en los arts. 3 y 9 RD 1627/1997, de 24 de octubre, de disposiciones mínimas de seguridad y salud en obras de construcción. En concreto, la norma establece que, cuando en la ejecución de una obra intervengan varias empresas o trabajadores autónomos, el promotor deberá designar un coordinador durante la ejecución de la misma; y lo mismo ocurre cuando en la fase del proyecto de la obra interviene más de un proyectista. En general, las funciones del coordinador de seguridad van encaminadas a cumplir las previsiones del artículo 24 LPRL⁷¹⁴; y, más específicamente, deberá aprobar el plan de seguridad y salud y coordinar las acciones y funciones de control para la aplicación de las medidas preventivas por parte de todos los contratistas y subcontratistas. Pese a ser una figura que se reguló antes que la del encargado de la

⁷¹⁴ También se podrán nombrar recursos preventivos en las obras de construcción: Disp. Adic. 14ª LPRL: “Lo dispuesto en el artículo 32 bis de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales será de aplicación en las obras de construcción reguladas por el Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción, con las siguientes especialidades: a) La preceptiva presencia de recursos preventivos se aplicará a cada contratista. b) En el supuesto previsto en el apartado 1, párrafo a), del artículo 32 bis, la presencia de los recursos preventivos de cada contratista será necesaria cuando, durante la obra, se desarrollen trabajos con riesgos especiales, tal y como se definen en el citado real decreto) La preceptiva presencia de recursos preventivos tendrá como objeto vigilar el cumplimiento de las medidas incluidas en el plan de seguridad y salud en el trabajo y comprobar la eficacia de éstas. 2.Lo dispuesto en el apartado anterior se entiende sin perjuicio de las obligaciones del coordinador en materia de seguridad y salud durante la ejecución de la obra”

coordinación de actividades preventivas, puede afirmarse que, en realidad, se trata de un encargado de la coordinación, pero especial, por razón del sector de actividad⁷¹⁵.

Ahora bien, hay que tener presente que no en todas las obras de construcción resultan de aplicación los instrumentos específicos establecidos por el RD 1627/1997, sino que ello sólo se va a producir de forma obligatoria en las obras de construcción que requieran de un proyecto de ejecución⁷¹⁶, o en obras de cierta envergadura. Hasta la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 7 de octubre de 2010 (sala quinta), no quedaba claro en qué obras era necesario nombrar un coordinador y en cuáles no. A este efecto, el Tribunal determinó como obligatorio tal nombramiento en fase de ejecución en cualquier tipo de obra en la que intervenga más de una empresa, una empresa y trabajadores autónomos, o varios trabajadores autónomos, independientemente de la existencia o no de proyecto⁷¹⁷. Ya anteriormente, la Dirección General de Trabajo, en su Informe sobre la obligatoriedad de la designación de coordinadores de seguridad en obras de construcción que carecen de proyecto de ejecución, estableció que en las obras de cierta envergadura en las que se den alguno de los riesgos contemplados en el Anexo II del RD 1627/1997 (que establece un listado no exhaustivo), se deberá designar un coordinador que deberá ser un técnico con habilitación legal para desarrollar el trabajo, aunque no exista proyecto ni dirección facultativa⁷¹⁸. En los casos de obras que no tengan esa dimensión, la forma de llevar a cabo la coordinación será mediante lo establecido en el RD 171/2004, de coordinación de actividades empresariales, estando la tarea a cargo de un encargado de la coordinación, técnico con conocimientos de prevención.

⁷¹⁵ TOLOSA TRIBIÑO, C., *Los coordinadores de seguridad en el ámbito de la construcción: problemas sobre su designación y dependencia*, Revista de Información Laboral, núm. 3, 2000, pp. 5-13.

⁷¹⁶ Esta problemática se analiza por SÁNCHEZ DE LA ARENA, M.A., “La coordinación de actividades en la construcción como contenido de la negociación colectiva”, en MERCADER UGUINA, J.R., (dir) *Las relaciones laborales en este sector de la construcción*, Valladolid, Lex Nova, 2008, pp.504-505.

⁷¹⁷ Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo en el Documento elaborado por el Grupo de trabajo de Construcción (subgrupo de obras sin proyecto) de fecha 12 de diciembre de 2013, en línea:http://www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Instituto/Comision/GruposTrabajo/ficheros/CNSST_OBRAS%20CONSTRUCCIONSINPROYECTOEMERGENCIA_29NOVIEMBRE2013.pdf también se recoge así en la Guía Técnica para la evaluación y prevención de los riesgos relativos a las obras de construcción, elaborada por el INSHT, en línea:http://www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Normativa/GuiasTecnicas/Ficheros/g_obras.pdf

⁷¹⁸ Consulta elaborada por la Dirección General de Trabajo que opina que la designación de un coordinador de seguridad y salud es necesaria en todas las obras donde participen más de una empresa o trabajadores autónomos, tanto con proyecto como sin proyecto. Se ha encontrado en línea en el Colegio de España General de Arquitectura Técnica de España:http://www.coatleon.es/documentos_web/Informacion%20General/1427%20Direcci%C3%B3n%20Gral.%20Inspecci%C3%B3n%20de%20Trabajo%20-%20anexo.pdf por otro lado un Criterio de la Dirección General de Trabajo en el que contesta a una cuestión similar a ANEPA:http://www.empleo.gob.es/itss/web/atencion_al_ciudadano/Normativa/DOCUM_ITSS/documentos/Inform_desig_coord.pdf

El coordinador de seguridad en el sector de la construcción no tiene necesariamente una relación de jerarquía respecto del resto de los trabajadores de la empresa, a diferencia de lo que ocurre con el encargado de coordinación que, de forma general, sí que se encontrará inserto en la estructura jerárquica de la empresa. Por otra parte, mientras que el coordinador de seguridad será un técnico competente⁷¹⁹ designado por el promotor, designación que se hará en función de la capacitación de éste para ejercer la función, el encargado de coordinación, en una gran parte de los supuestos, se designará por los empresarios concurrentes como un medio de coordinación entre empresas, no siendo un técnico especialista en el sector, sino un trabajador de la empresa, del SPA o de la empresa que se subcontrate a estos efectos⁷²⁰.

2.4. Delegados de prevención: la participación y representación de los trabajadores en materia preventiva.

Del conjunto de sujetos que la norma ha ido configurando con funciones o con asignaciones de facultades preventivas también hay que destacar a los delegados de prevención⁷²¹. Como ocurría con los recursos preventivos o los encargados de coordinación, los delegados de prevención no son estrictamente una fórmula organizativa prevista en el art. 30 y 31 LPRL. En cambio, sí que forman parte del

⁷¹⁹ Cuando el legislador se refiere al “técnico competente”, está haciendo referencia a quien posee titulación académica y profesional habilitantes, así como conocimientos en actividades de construcción, siendo tales titulaciones única y exclusivamente las de arquitecto, arquitecto técnico, ingeniero o ingeniero técnico de acuerdo con sus competencias y especialidades. Esta cuestión es sumamente importante, pues se exige además de la correspondiente titulación el que se actúe dentro del ámbito de sus competencias y especialidades. Sin embargo, curiosamente no existe obligación legal alguna de que el técnico competente tenga formación en materia de prevención de riesgos laborales que, sin embargo, sí es exigible en la coordinación del resto de actividades, cuando la norma se refiere a la designación de los recursos preventivos quienes deberán poseer como mínimo, la titulación de técnico intermedio en prevención de riesgos laborales. La Disposición Adicional 4ª de la ley 38/1999, de 5 de noviembre de ordenación de la edificación establece que se requerirán las titulaciones de arquitecto, arquitecto técnico, ingeniero o ingeniero técnico.

⁷²⁰ MIÑARRO YANINI, M., *Obligaciones en materia de prevención en los supuestos de coincidencia física en un mismo lugar de trabajo de trabajadores de varias empresas*, Aranzadi Social, núm. 5, 2001, (versión electrónica).

⁷²¹ PURCALLA BONILLA, M.A., y RODRIGUEZ SANCHEZ, R., *Notas sobre la figura del delegado de prevención*, Relaciones Laborales, núm. 20, 1997, pp. 71: “la prevención del riesgo laboral es una materna que reclama, de modo natural, la intervención de los interlocutores sociales en punto a hallar fórmulas de cooperación que optimicen el objetivo de alcanzar unos razonables índices de seguridad e higiene y salud laboral”. Un estudio detallado sobre el delegado de prevención puede hallarse en ROMERAL HERNÁNDEZ, J., *El delegado de prevención*, Valladolid, Lex Nova, 2008. Sobre la situación actual de la representación de los trabajadores en lo que se refiere a la función de protección de la salud puede verse GARCÍA, A. M.; LOPEZ-JACOB, M. J. y DIAZ GÓMEZ, J. R., *La protección de la salud de los trabajadores en España: una oportunidad para la participación, la negociación y el consenso en el marco de la relaciones laborales*, Revista de Trabajo, núm. 28, 2013, pp. 39-53.

sistema preventivo general de la empresa, como parte de ese elenco de sujetos, medidas y previsiones que se hacen en las empresas en torno a la instauración de una adecuada prevención de riesgos. Por lo tanto, los delegados de prevención formarán parte del entramado de sujetos que tienen algún tipo de intervención en esta materia pero que, no obstante, hay que diferenciar de los trabajadores designados, de los técnicos de prevención del SPP, de los recursos preventivos, de los trabajadores asignados y de los encargados de la coordinación preventiva. Como en los anteriores casos, no se pretende hacer un análisis en profundidad de la figura del delegado de prevención, sino simplemente traerla a este estudio con ocasión de su ubicación dentro de la organización de sujetos con funciones preventivas y su necesaria diferenciación.

2.4.1 Breve aproximación a la figura del delegado de prevención

Tras las distintas opciones que se barajaron antes de la aprobación del texto definitivo de la LPRL, el delegado de prevención se ha configurado finalmente como un representante de los trabajadores con funciones específicas, designado por y entre los representantes electivos de los trabajadores; lo que implica que los delegados de prevención son parte de la representación legal ya existente⁷²². Así pues, puede entenderse que las facultades representativas en materia de prevención se atribuyen por la LPRL a la representación unitaria o sindical que las ejercerá mediante miembros de la misma que asuman específicamente esas tareas. La Ley, pues, no crea un nuevo órgano que entre en competencia con la representación legal de los trabajadores; más bien, refuerza las tareas de ésta en el ámbito de la seguridad laboral, mediante una particular identificación competencial de algunos de sus componentes⁷²³. Pese a esto, se admite por la norma que, a través de la negociación colectiva, acuerde la creación de órganos específicos con las competencias que la LPRL reconoce a los delegados de prevención. Se trata de órganos específicos distintos a la representación unitaria, que asumen tareas de participación y representación en el terreno de la salud laboral y que

⁷²² SEMPERE NAVARRO, A. V.; GARCIA BLASCO, J.; GONZALEZ LABRADA, M. y CARDENAL CARRO, M., *Derecho de la Seguridad y Salud en el Trabajo*, Madrid, Civitas, 2001, pp. 291. Hay que recordar que en el Anteproyecto de la LPRL de 20 de enero de 1992 se ofrecían dos soluciones. Por un lado, entender que la función específica de representación debería ser desempeñada por un órgano representativo autónomo que se dedicase de forma exclusiva a tareas de prevención, y, por otro lado, entender que este órgano podría integrarse en el sistema de representación de los trabajadores ya existente, atribuyéndoles funciones específicas de prevención.

⁷²³ GONZALEZ ORTEGA, S. y APARCICIO TOVAR, J., *Comentarios a la Ley 31/1995 de prevención de riesgos laborales*, Madrid, Trotta, 1996, pp. 218; Con una posición clara al respecto, CRUZ VILLALON, J., *La representación de los trabajadores en materia de prevención de riesgos profesionales*, Temas Laborales, núm. 26, 1993, pp. 18: “resultaría inviable construir un modelo de atribución en exclusiva de las funciones en materia de seguridad a los delegados de prevención, excluyendo toda intervención de las representaciones unitarias, en tanto, la seguridad y salud en el trabajo es un elemento de las condiciones de la prestación de la actividad laboral, difícilmente escindible del resto de las condiciones de trabajo y del conjunto de decisiones adoptadas por la empresa”.

puede ser especialmente útil para el supuesto de empresas pequeñas (menos de 6 trabajadores) que no tengan representantes de los trabajadores⁷²⁴.

Concretando aún más esta figura, por lo que se refiere al nombramiento de los delegados de prevención, dos han sido las posibilidades. Por un lado, elegir a los delegados de prevención en proporción a la representatividad lograda en las elecciones sindicales, y, por otro lado, elegir a los delegados de prevención a través de un procedimiento interno por decisión mayoritaria del órgano de representación unitaria, sin necesidad de respetar la proporcionalidad de los resultados electorales. Esta última interpretación parece ser la seguida por el Tribunal Supremo⁷²⁵, pese a la existencia de algunas sentencias de los TSJ que se decantaban por la primera opción⁷²⁶.

Los delegados de prevención, y en empresas algo mayores, el comité de seguridad y salud, se articulan como la forma de participación de los trabajadores en la empresa en materia de prevención de riesgos, siendo la expresión de un modelo de prevención participativa que es el que ha elegido la LPRL a partir de la coincidencia en unos objetivos comunes que ambas partes (empresa y trabajadores) pueden y deben compartir sin grandes diferencias. De forma que, a priori, la LPRL reserva las acciones colectivas más típicas de defensa de los intereses de los trabajadores a la representación unitaria, como es el caso de la negociación colectiva de los temas de seguridad y salud laboral (art. 87 y ss. ET) y de la paralización de las actividades empresariales (art. 21.3 LPRL y 19.5 ET), dando a los delegados de prevención las tareas que se adscriben más a una idea de coordinación y colaboración (art. 36 LPRL). Sin embargo, el modelo, realmente, no es sólo participativo, sino también representativo, ya que, como se ha dicho, los delegados de prevención forman parte de los representantes unitarios; por lo que, al final, aunarán todas las competencias y

⁷²⁴ GONZALEZ ORTEGA, S. (coord.), *La prevención en la pequeña empresa*, Madrid, la Ley Actualidad, 1999, pp. 71 a 73; NAVARRO NIETO, F., *El tratamiento de la prevención de riesgos laborales en la negociación colectiva*, Temas Laborales, núm. 75, 2004. MELENDEZ MORILLO-VELÁZQUEZ, L., *La prevención de riesgos laborales en la negociación colectiva*, Navarra, Cuadernos de Aranzadi Social, 2004, pp. 115-117. MORENO SOLANA, A., “Situación actual y propuestas de mejora en la aplicación de la prevención de riesgos laborales en las pymes y para los trabajadores autónomos”, en AA.VV., *Las relaciones laborales en las pequeñas y medianas empresas. Problemas actuales y perspectivas de futuro*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 238-239.

⁷²⁵ STS de 24 de septiembre de 1991 (R°. 312/1991, sala de lo social); STS de 15 de junio de 1998 (R°. 4863/1997, sala de lo social); STS de 31 de marzo de 2009 (R°. 81/2008, sala de lo social) y doctrina mayoritaria de los Tribunales Superiores de Justicia: STSJ de Madrid, de 11 de noviembre de 1998 (R°. 4448/1998, sala de lo social); STSJ de Madrid, de 6 de julio de 2000 (R°. 2573/2000).

⁷²⁶ STSJ de Valencia de 5 de febrero de 1999 (R°. 4399/1998, sala de lo social). FUENTES RODRÍGUEZ, F., *La composición de los Comités de Seguridad y Salud y los criterios para la designación de los delegados de prevención*, Temas Laborales, núm. 51, 1999, pp. 185-194). STSJ de Aragón de 19 de marzo de 1997 (Sentencia núm. 247/1997, AS 1997\997, sala de lo social); STSJ de Murcia, e 16 de julio de 1997 (Sentencia núm. 1044/1997, AS 1997\2949, sala de lo social)

facultades, aunque éstas provengan de diferentes vías⁷²⁷. Por otro lado, no hay que olvidar que, aunque la LPRL haya establecido un órgano especializado en materia de participación en seguridad y salud laborales, no les ha atribuido todas y cada una de las funciones, ni ha canalizado a través de él la integridad de los derechos de participación en estos temas. Así lo ha subrayado el TC cuando ha indicado que este órgano (delegados de prevención y comité de seguridad y salud) no agota todas las formas de participación en esta materia⁷²⁸.

Una vez visto quiénes son los delegados de prevención, y antes de pasar a diferenciarlos del resto de trabajadores con funciones preventivas, hay que hacer un pequeño recorrido por la competencias y facultades de estos representantes especializados, ya que será esta cuestión la que permitirá diferenciarlos o asemejarlos a las distintas figuras preventivas que pueden concurrir en la empresa. En relación con las competencias y funciones, la Ley no contiene una regulación unitaria sobre el régimen y las competencias de unos y otros órganos de representación, conteniendo remisiones e interrelaciones que pueden ocasionar un cierto solapamiento. Así, algunas competencias reguladas en la LPRL pueden verse recogidas también como competencias en materia de seguridad e higiene de los comités de empresa y delegados de personal en los arts. 64.1 8º y 9º b) ET y art. 19.5 ET⁷²⁹.

Partiendo de la diferenciación ya clásica que entiende que las competencias quedan referidas a las funciones que la Ley asigna a los delegados de prevención, y que las facultades son los derechos o herramientas que se le proporcionan para cumplir esas funciones, puede señalarse lo siguiente. Por lo que se refiere a las competencias, la mayoría se articula como una mera declaración de principios de ese modelo de prevención participativa. Así, se reconoce la colaboración de los delegados de prevención con la dirección de la empresa en la mejora de la acción preventiva, y la competencia para promover y fomentar la cooperación de los trabajadores en la ejecución de la prevención. También se establece un derecho a ser consultados sobre algunas decisiones que tiene que tomar el empresario, de forma que será necesario llevar a cabo un trámite consultivo en cuestiones como: planificación y organización

⁷²⁷ GONZALEZ ORTEGA, S. y APARCICIO TOVAR, J., *Comentarios a la Ley 31/1995 de prevención de riesgos laborales*, op. Cit., pp. 230-231. VALDÉS DAL-RE, F., *La participación de los trabajadores en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Tribuna Social, núm. 73, 1997, pp. 27; GARRIDO PEREZ, E., *La participación de los trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales en la Ley 31/1995*, Relaciones Laborales, núm. 20, 1997, pp. 35: “la participación se traduce en una mera procedimentalización de las decisiones del empresario en materia de seguridad y salud laboral, especialmente en el diseño de la acción preventiva, que obligará a ponderar intereses de los trabajadores antes de adoptar cualquier decisión relevante en materia de seguridad y salud laborales”

⁷²⁸ STC 98/2000, de 6 de abril de 2000. Así ya quedó recogido en VALDÉS DAL-RE, F., *La participación de los trabajadores en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, op. cit, pp. 29: “el principio de especialización, bien que intenso no es completo”.

⁷²⁹ QUESADA SEGURDA, R., *La autonomía colectiva en la Ley de prevención de riesgos laborales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, pp. 33.

del trabajo en la empresa e introducción de nuevas tecnologías; en lo relativo a la modalidad de organización de la prevención⁷³⁰; sobre la designación de los trabajadores encargados de las medidas de emergencia; sobre determinados procedimientos de información y documentación y el proyecto y organización de la formación; y de forma genérica y abierta, se reconoce el trámite de consulta respecto de cualquier acción del empresario que pueda tener un efecto sustancial sobre la seguridad y salud de los trabajadores. Por lo que se refiere estrictamente al procedimiento de consulta, la LPRL exige que se lleve a cabo con los representantes de los trabajadores con la debida antelación (art. 33 LPRL) o con carácter previo a su ejecución (art. 36.1 c LPRL). Debe recordarse que, aunque el art. 33 LPRL haga referencia a los representantes de los trabajadores, debe entenderse hecha a los delegados de prevención ya que, como se ha dicho, estos últimos son parte de aquellos⁷³¹.

Por último, entre las competencias de los delegados de prevención hay que destacar la de vigilancia y control del cumplimiento de la normativa de prevención (art. 36. 1 d) LPRL), que viene a concretar la genérica competencia de vigilancia en el cumplimiento de las normas vigentes en materia laboral atribuida a los representantes de los trabajadores en el art. 64. 1. 8º a) ET, y, respecto a las inspección y control de las medidas de seguridad e higiene, en el art. 19.3 ET. Esta función fiscalizadora se articula a través de una serie de facultades que la propia norma establece. Así los delegados de prevención podrán: acompañar a los técnicos en las evaluaciones de carácter preventivo y a los Inspectores; deberán ser informados de los daños que se hayan producido a los trabajadores; han de recibir las informaciones procedentes de la

⁷³⁰ La elección de la modalidad sólo admite trámite consultivo pese a que en el Anteproyecto de Ley de prevención de 20 de enero de 1992 se iba más allá de la mera consulta al reconocer al delegado de prevención el derecho a participar en la opción sobre modalidades de organización del servicio de prevención”. Algo que parece que podía ser más conveniente pero sobre lo que se hubieran planteado muchas dudas también, al menos en esa redacción dada. Al respecto también puede citarse el Voto particular al Dictamen del Consejo Económico y Social sobre el Anteproyecto que formula el Grupo I (UGT, CCOO, ELA y CIG): “En particular entendemos que habría de reconocerse a los delegados de prevención, en el artículo 35 del texto legal, la competencia expresa de participar con el empresario en la organización y gestión de los servicios de prevención concertados o constituidos por la empresa. Dada la enorme trascendencia de los Servicios de Prevención, auténtico eje del anteproyecto de ley e instrumento básico para la protección y prevención de riesgos, no parece razonable que sea el empresario quien tenga en exclusiva toda la competencia decisoria en cuanto concierne a tan crucial asunto. Por ello entendemos que los trabajadores, como destinatarios de la protección, deberían tener una mayor participación en la designación y organización de dicho servicio”.

⁷³¹ Crítica, que en relación con el trámite de consulta se hace por ALMENDROS GONZÁLEZ, M. A. y DIAZ AZNARTE, Mª. T., “El delegado de prevención en la Ley de prevención de riesgos Laborales”, en ESCUDERO RODRIGUEZ, R. (coord.), *La Ley de Prevención de riesgos laborales*, XIV Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del trabajo y relaciones laborales, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 1997, pp. 491.

modalidad o modalidades organizativas establecidas; están habilitados para realizar visitas a los lugares de trabajo, pudiendo acceder a cualquier zona y comunicarse con los trabajadores; pueden recabar del empresario la adopción de medidas preventivas; y tienen la facultad de proponer al órgano representativo la adopción de la paralización de las actividades en casos de riesgo grave e inminente⁷³².

Tras estas pinceladas sobre quiénes son los delegados de prevención y cuáles son sus competencias, y teniendo muy en cuenta las mismas, ahora es necesario determinar su ubicación dentro del sistema de prevención de la empresa, diferenciándolos, en primer lugar, de los recursos preventivos y de los encargados de coordinación y coordinadores de seguridad en obras de construcción; y, en segundo lugar, de los trabajadores designados o técnicos de prevención del SPP.

2.4.2 ¿Puede ser un Delegado de Prevención, al mismo tiempo, Recurso Preventivo y/o Encargado de la Coordinación?

Por lo que se refiere a los recursos preventivos y al encargado de coordinación de actividades preventivas, hay que recordar, como ya se ha dicho, que las personas nombradas por el empresario como recursos preventivos pueden ser también encargadas de la coordinación, siempre que se tengan en cuenta las exigencias de una y otra tarea en materia de formación preventiva. Algo más compleja puede resultar, sin embargo, la compatibilidad en una misma persona de la figura del recurso preventivo y/o del coordinador de prevención con la del delegado de prevención.

En principio, si se acude estrictamente a la Ley, nada parece prohibir o establecer limitaciones a esa compatibilidad; de forma que no debería impedirse que un representante de los trabajadores, elegido como delegado de prevención, vea, a su vez, encomendada las funciones como recurso preventivo. Sin embargo, como establece el Criterio Técnico de la ITSS núm. 83/2010, que aquí se comparte,⁷³³ existe una incompatibilidad básica entre las dos figuras derivadas de las funciones, de las facultades encomendadas a cada uno y de las características propias de cada figura. Como ya ha quedado establecido, el delegado de prevención tiene entre sus competencias, el vigilar y controlar la adecuación de la actividad preventiva de la empresa, y difícilmente podrá desarrollar tal función si, por otro lado, el empresario,

⁷³² Respecto de la paralización de las actividades, ver: MUÑOZ RUIZ, A. B., “Comentario al art. 19 del Estatuto de los Trabajadores”, en CRUZ VILLALON, J.; GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.; GOERLICH PESET, J. M. y MERCADER UGUINA, J. R., *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Valladolid, Lex-Nova, Thomson-Reuters, 2014, 3ª ed., pp. 276-281; OJEDA AVILÉS, A., “Los conflictos en la paralización de actividades por riesgo grave e inminente”, en OJEDA AVILÉS, A.; ALARCÓN CARACUEL, M. R. y RODRIGUEZ RAMOS, Mª. J., *La Prevención de riesgos laborales. Aspectos Clave de la Ley 31/1995*, Navarra, Aranzadi, 1996, pp. 327-339.

⁷³³ Y por la Nota Técnica de Prevención núm. 994 del INSHT, 2013.

con base a su obligación establecida en el art. 32 bis LPRL, le asigna a ese mismo delegado de prevención tareas de recurso preventivo ya que se produciría un conflicto de intereses que hace inadecuada la coincidencia en una misma persona de ambas funciones o actividades. Y la misma incompatibilidad funcional se generaría con el encargado de la coordinación de actividades preventivas, , máxime si, lo que es posible, el recurso preventivo y el encargado de la coordinación son la misma persona.

Quizá como consecuencia de esa falta de prohibición expresa, y ante la búsqueda de racionalidad en la aplicación de las normas de prevención, el mismo Criterio Técnico de la ITSS ha previsto una excepción a esta imposibilidad de coincidencia subjetiva. Se trata de los casos en los que, de forma imprevista o por causa de fuerza mayor, se requiriera de manera inmediata (urgente dice el Criterio) la presencia de un recurso preventivo, y sólo el delegado de prevención contara con la formación necesaria. No obstante, incluso en estos limitados supuestos deberán tenerse en cuenta una serie de limitaciones: por un lado, la asignación deberá ser temporal, pensando quizá en el tiempo imprescindible para buscar a alguien que pueda desempeñar las tareas como recurso preventivo, o cuando el recurso preventivo sea requerido en un momento muy puntual y concreto; por otro lado, la asignación será limitada y excepcional en cuanto a las funciones, es decir, sólo le asignarán las que sean estrictamente necesarias, sin que se admita que el delegado de prevención actúe como un recurso preventivo normal de la empresa.

2.4.3 ¿Puede ser un delegado de prevención, al mismo tiempo, trabajador designado o técnico del Servicio de Prevención Propio?

El art. 69.2 ET establece como únicas condiciones para que un trabajador sea elegible como representante que tenga más de 18 años y que posea una antigüedad en la empresa de al menos 6 meses (que se podrá reducir a 3 meses en ámbitos o sectores donde exista una gran rotación de mano de obra siempre que así se prevea en el convenio colectivo). Por tanto, respetando los derechos de sufragio activo y pasivo, habría que afirmar, que todos los trabajadores que cumplan esas condiciones pueden ser representantes, independientemente de que se trate de un trabajador perteneciente a la modalidad organizativa de la empresa en materia de prevención.

Cuestión diferente se puede plantear en torno a si esos representantes de los trabajadores pueden ser nombrados delegados de prevención cuando la posición que ocupan en la empresa es la de ser un trabajador designado o un técnico de prevención del SPP. Como en el supuesto analizado en el epígrafe anterior, y volviendo a traer a colación el Criterio Técnico de la ITSS núm. 83/2010, habría que partir también de una incompatibilidad funcional entre ser trabajador designado o técnico de prevención

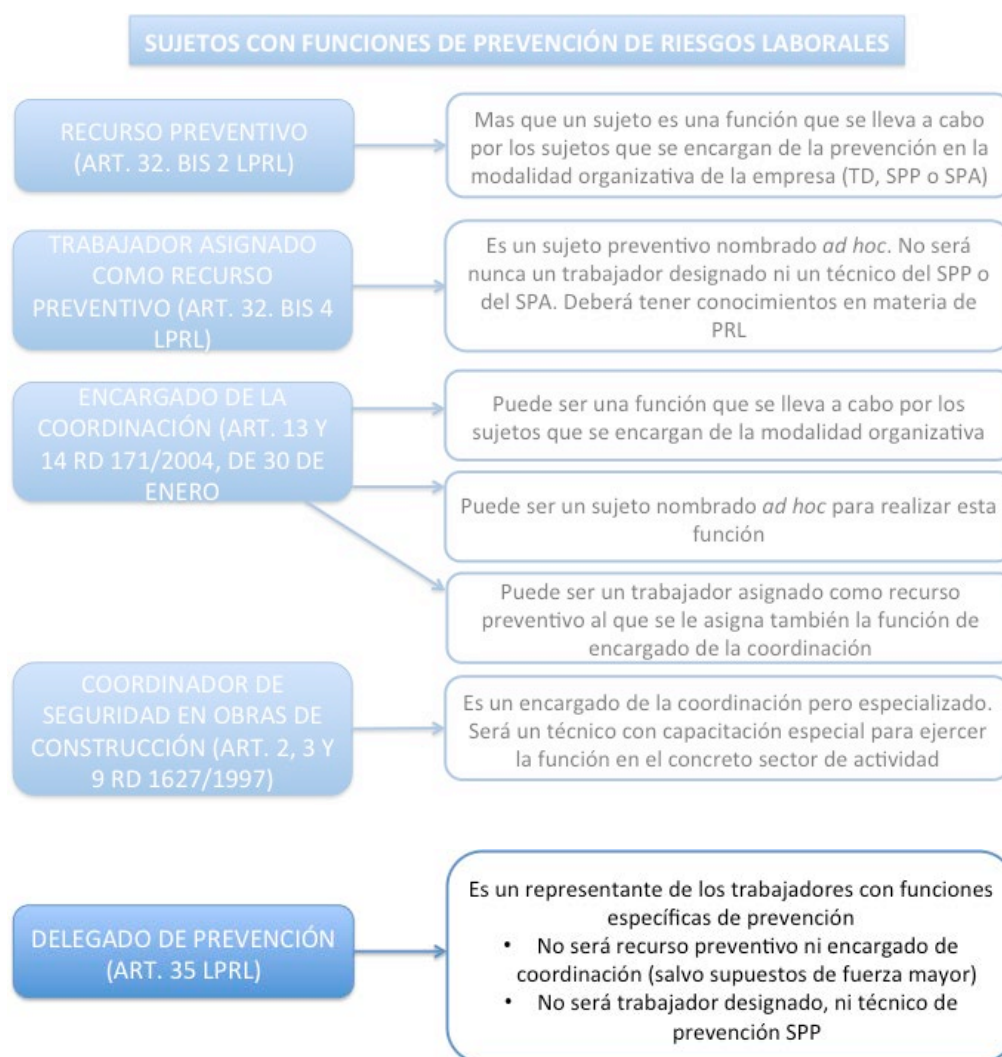
y representante de los trabajadores, pero más particularmente, delegado de prevención, ya que todos tienen asignadas, por una u otra vía, las tareas de vigilancia y control de la actividad preventiva. Dificilmente los representantes de los trabajadores y los delegados de prevención podrán desempeñar una tarea de vigilancia y control adecuada sobre una actividad preventiva que ellos mismos realizan en calidad de trabajadores designados o técnicos de prevención. Alguna duda, puede surgir cuando los convenios colectivos regulan como opción la elección de delegados de prevención entre los trabajadores de la empresa y no entre los representantes legales, a lo que añaden que se trate de trabajadores con formación preventiva. Esta posibilidad no debe confundir a los trabajadores de la empresa que se convierten en delegados de prevención, de los trabajadores que la empresa designa como modalidad organizativa. Una correcta interpretación es que los delegados de prevención elegidos mediante esta posibilidad dada por la negociación colectiva, deben ser otros trabajadores que ni sean los designados como modalidad preventiva, ni los encargados de la coordinación ni los miembros del servicio de prevención, algo que quizá sólo pueda suceder en las medianas o grandes empresas, ya que en las pequeñas no existirán tantos trabajadores con formación preventiva.

En conclusión, hay que inclinarse por una incompatibilidad absoluta que no admita excepciones, entre ambas figuras, , ya que en ninguno de estos casos se asumen funciones preventivas con carácter puntual y limitado, a diferencia de los que puede ocurrir con los recursos preventivos o los encargados de la coordinación. Además, puede traerse a colación una situación semejante en la que la incompatibilidad es plena entre la condición de alto cargo o el alto directivo y el ser representante de los trabajadores. En este sentido, del art. 16 RD 1328/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral especial del personal de alta dirección, establece que el personal de alta dirección no participará como elector ni como elegible en los órganos de representación regulados en el Título II del Estatuto de los Trabajadores. En este caso, la recíproca confianza que debe existir entre empresario y trabajador, así como las facultades y poderes que la empresa le atribuye lo colocan en una singular posición que hace incompatible su actividad en la empresa y las posibles labores de representación. En el mismo sentido, aunque con contenido diferente, las labores, facultades y poderes que tiene un trabajador designado deben ser consideradas incompatibles con las labores de un delegado de prevención ya que este segundo tiene la función de vigilar lo que hace el primero.

En todo caso, esta cuestión no tiene visos de darse con frecuencia en la práctica por cuanto los trabajadores designados y los técnicos de prevención se articulan en las empresas como instrumentos empresariales para cumplir las obligaciones que a éste incumbe en el terreno de la prevención; mientras que los delegados de prevención, pese a encontrarse presididos por un principio de prevención participativa, al final se ubican en el lado de los trabajadores como sus representantes en materia preventiva,

con una función fiscalizadora de la labor de prevención que abarca también y lógicamente a la que desarrollan los trabajadores designados y los técnicos de prevención.

2.5 Cuadro resumen de los sujetos que realizan funciones preventivas y que deben formar parte de la organización de la prevención en las empresas



3. TRABAJADORES DESIGNADOS COMO MODALIDAD ORGANIZATIVA DE LA PREVENCIÓN

3.1. Empresas que pueden designar trabajadores encargados de la prevención.

Como se ha indicado anteriormente, la designación de trabajadores se configura, de conformidad con la Directiva Marco 89/391/CEE, y la LPRL, como la modalidad preferente de organización de la prevención en las empresas. Particularmente porque

puede afirmarse, sin ningún género de duda, que cualquier empresa puede designar trabajadores para organizar la prevención; y sólo cuando estos trabajadores designados sean insuficientes, entonces se podrá recurrir a otras maneras de organizar y realizar las actividades preventivas, esto es a los servicios de prevención propios, ajenos o mancomunados⁷³⁴. Sin ánimo de querer entrar otra vez en los problemas que suscita la incorrecta redacción del art. 12 RSP y el más general de si la normativa española contraviene lo dispuesto en la Directiva, la realidad es que las empresas españolas disponen de un margen amplio para decidir o no designar a trabajadores para que se encarguen de las actividades preventivas en la empresa⁷³⁵. En este sentido, el empresario cuenta con una flexibilidad que, aunque condicionado por los factores del tamaño de la empresa, la peligrosidad de la actividad, el sector de actividad o la siniestralidad, le permite optar, con mucha libertad, por el tipo de organización preventiva que considere más conveniente para sus intereses⁷³⁶, siempre dentro de las opciones permitidas por la normativa de prevención.

En todo caso, conviene resaltar que la designación de trabajadores es una modalidad organizativa que siempre es posible. Y aquí es donde comienzan los problemas y las diferentes opciones interpretativas. Hay quienes entienden, que designar trabajadores es una opción organizativa que queda excluida cuando fuera insuficiente para la realización de las actividades preventivas, teniendo que acudir a fórmulas de organización más completas y complejas. Interpretación, por otro lado, muy acorde con la normativa interna y muy en la línea de lo que ha pretendido el legislador español. Además, se trata de la lógica que ha imperado en la realidad empresarial y la que se ha venido aplicando por las empresas en cumplimiento de su obligación de organización de la prevención⁷³⁷.

⁷³⁴ GARATE CASTRO, J., *Organización de la prevención mediante la designación de uno o varios trabajadores*, Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, núm. 4, 2003, (versión electrónica). El autor en ese caso recuerda que se trata de la modalidad primera, general y arquetípica de organización de la prevención en la empresa. FERNANDEZ RAMÍREZ, M., *Propuesta para la reforma del marco normativo sobre los servicios de prevención*, Aranzadi Social, núm. 4, 2012, (versión electrónica). La autora además establece como propuesta la necesidad de que de una manera nítida se recoja la obligatoriedad de designar trabajadores, estableciendo esta modalidad como preceptiva. MORENO MÁRQUEZ, A. M., “Comentario al art. 30”, en SEMPERE NAVARRO, A. V., *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Navarra, Aranzadi, 2010, pp. 536-537. La autora no hace una valoración tan abierta, pero pone de manifiesto las disfunciones que ocasiona la normativa reguladora de los trabajadores designados.

⁷³⁵ SEMPERE NAVARRO, A.V.; GARCIA BLASCO, M.; GONZALEZ LABRADA, M.; CARDENAL CARRO, M., *Derecho de la seguridad y salud en el trabajo*, Madrid, Civitas, 3ª. Ed. , 2001, pp. 270.

⁷³⁶ GONZALEZ ORTEGA, S., La organización de la prevención por el empresario: los servicios de prevención, TL, núm. 50, 1999, pp. 22. El autor establece como uno de los epígrafes del artículo, un título que marca claramente la idea de flexibilidad del empresario: “el modelo organizativo de la prevención: un marco impuesto con fuertes dosis de flexibilidad”.

⁷³⁷ ALVAREZ DE LA ROSA, M., “El deber de protección y los servicios de prevención de riesgos laborales”, en CASAS BAAMONDE, M.E., (et. al.), *Seguridad y Salud en el trabajo. El nuevo derecho de prevención de riesgos laborales*, Madrid, La Ley-Actualidad, 1997, pp. 61. El autor habla de “la

El problema de esta interpretación es que permite al empresario, salvo excepciones muy concretas, elegir el modelo organizativo para su empresa. Algo que, en principio, es correcto, e incluso adecuado a la libertad de empresa, pero que tiene como consecuencia que no le otorga un carácter preferente a la organización de la prevención con recursos propios que se considera la mejor manera de llevar a cabo las actividades preventivas. De forma que, y esta es otra interpretación crítica con la libertad de opción empresarial, no debe considerarse correcto el frecuente recurso a la fórmula del servicio de prevención ajeno, hasta el punto de eliminar o desplazar una mínima organización interna propia de la empresa. Hecho que se da, fundamentalmente en empresas de menos de 500 trabajadores, o de 250 si las actividades son peligrosas; una franja donde se sitúan, por cierto, la mayor parte de las empresas españolas⁷³⁸.

La insuficiencia de la que habla la LPRL y que justifica el acudir a fórmulas preventivas ajenas o externas a la empresa no puede determinar la eliminación del tipo de organización de la actividad preventiva de la designación de trabajadores. La insuficiencia, todo lo más, debería llevar a la necesidad de recurrir a otro tipo de organización que complemente la figura del trabajador designado, pero no a tener que elegir entre un tipo de organización y otra. Precisamente es en la combinación de distintos tipos de organización preventiva⁷³⁹ donde se puede encontrar la mejor adaptación a las características y necesidades de cada empresa así como a sus peculiaridades⁷⁴⁰. El problema es que la Ley, no sólo no establece como obligación el otorgar la preferencia a la fórmula de la designación de trabajadores, sino que, además, el desarrollo reglamentario le quita todo tipo de importancia a tal figura: por un lado, con el art. 12 RSP que establece precisamente la no obligación de designar trabajadores si se acude a alguna otra modalidad organizativa, y, por otro, al no regular

flexible y escalonada construcción normativa sobre la gestión del deber de prevención”, entendiendo la aplicación de un modelo en defecto de que se pueda aplicar el anterior y, así sucesivamente; GONZALEZ ORTEGA, S., *La organización de la prevención por el empresario: los servicios de prevención*, op. Cit., pp. 23-24; MERCADER UGUINA, J.R., *El Reglamento de los Servicios de Prevención: crónica de una norma largamente esperada*, Relaciones Laborales, núm. 1, 1997, pp. 1130; GONZALEZ CARBAJAL GARCÍA, J. M., *Aspectos Jurídico-Públicos de la prevención de riesgos laborales*, Madrid, Colex, 2000, pp. 142.

⁷³⁸ Según el Informe presentado por la Subdirección General de apoyo a la Pyme “Retrato de las Pymes 2015”, el 99% de las empresas españolas tienen entre 0 y 249 asalariados, en línea: http://www.ipyme.org/Publicaciones/Retrato_PYME_2015.pdf

⁷³⁹ SEMPERE NAVARRO, A. V.; CARDENAL CARRO, M., *Transposición de la Directiva Marco de Seguridad Laboral en diferentes países de Europa*, Madrid, Fundación Mapfre, 2000, pp. 85. Idea sobre la que insiste el autor en SEMPERE NAVARRO, A. V., *Imposibilidad de que una gran empresa externalice parte de sus actividades preventivas*, Aranzadi Social, núm. 27, 2005, (versión electrónica).

⁷⁴⁰ STSJ de Madrid de 4 de diciembre de 2009 (Rº. 898/2009, sala de lo social), que con ocasión de la solución de un tema de despido improcedente de un técnico de prevención, determina que el hecho de contratar un servicio de prevención ajeno, no está reñido con el mantenimiento de un servicio de prevención propio, incluso, como es el caso, en el que todas las especialidades se había subcontratado con el servicio de prevención ajeno.

prácticamente nada esta figura en comparación con el resto de modalidades, en especial con el SPA, creando una fuerte inseguridad jurídica para los que tienen que aplicarla.

3.2. Empresas que deberían designar trabajadores como modalidad para organizar su sistema de prevención de riesgos laborales.

Las empresas pueden designar trabajadores como responsables en materia de prevención incluso en aquellos casos en los que acude a otras técnicas organizativas, ya sea el SPP, por imposición de la propia Ley, ya sea el SPM, el SPA o la asunción voluntaria del empresario. Ahora bien, ninguna empresa está obligada a designar trabajadores siempre que acuda a otra modalidad organizativa⁷⁴¹. Una obligación que, si acaso, existe sólo de forma subsidiaria; por ejemplo, cuando se trata de empresas de hasta 10 trabajadores, cuando no se han asumido las tareas preventiva por el propio empresario y tampoco las ha externalizado a un SPA. O cuando, tratándose de empresas de hasta 500 trabajadores en las que no es obligatorio organizar un SPP y no se recurra a un SPA, o se haga voluntariamente no encomendándole la totalidad de las tareas preventivas. Si bien se piensa, sin embargo, lo anterior es tanto como decir que la designación de trabajadores es siempre voluntaria, ya que dependerá de las opciones y de la estrategia seguida por la empresa en esta materia.

De esta manera, la designación de trabajadores se ha convertido en una fórmula subsidiaria del resto de las establecidas en la normativa. Así las cosas, se podrán designar trabajadores en empresas de hasta 10 ó hasta 25 trabajadores cuando el empresario no asuma la prevención, o cuando, asumiéndola, decida que haya actividades preventivas que no va a desarrollar o que no tiene capacidad para realizarlas. También se podrán designar trabajadores en los casos de empresas de menos de 250 trabajadores que, realizando actividades peligrosas, no acudan a la modalidad del SPA o a la del SPP; o cuando, acudiendo a esas modalidades, decidan tener trabajadores designados de manera complementaria; o en las empresas de menos de 500 trabajadores cuando se lleve a cabo la organización por alguna otra fórmula permitida, en cuyo caso, la designación de trabajadores también se convierte en un sistema organizativo complementario, al igual que ocurre cuando las empresas de más de 500 trabajadores deciden, además de tener un SPP, designar trabajadores en función de la distribución de los riesgos o la tipología de la empresa; por último, también se podrán designar trabajadores en el concreto supuesto en el que la autoridad laboral decida que una empresa debe constituir un SPP, y mientras se organiza la empresa puede designar trabajadores para que vayan desempeñando tareas preventivas a la vez que acudir a un SPA hasta la total constitución de un SPP.

⁷⁴¹ RODRIGUEZ PASTOR, G., *La designación de uno o varios trabajadores de la empresa*, Revista Alcor de MGO, núm. 4, 2005.

En definitiva, parece que el legislador ha considerado que designar trabajadores no es una modalidad lo suficientemente garantista y adecuada como para poder encargarse de la prevención de una empresa en su conjunto ya que todas las referencias que hace a los trabajadores designados las realiza desde el convencimiento de que éstos deben ser una fórmula organizativa marginal, a usar, bien en empresas de escasa complejidad, o en empresas que ya cuentan con otra modalidad organizativa para que le sirva de apoyo. Y ni siquiera en estos casos la designación de trabajadores es obligatoria⁷⁴². Incluso así se ha entendido por la propia jurisprudencia cuando, haciendo alusión a los servicios de prevención, señala que “los trabajadores designados equivalen y sustituyen en empresas de escaso fuste a los servicios de prevención”⁷⁴³.

3.3. Criterios cuantitativos, cualitativos y formales sobre la designación de trabajadores

Si se hubiera tenido en cuenta la Directiva Marco y la redacción de la LPRL, la realidad de la organización de las empresas españolas debería haber sido muy diferente. Los trabajadores designados debieran ser la fórmula prevalente y a partir de ella se debería acudir al resto de sistemas para que coadyuven en la realización de la actividades preventivas, siendo éstas fórmulas complementarias de aquélla. Sin embargo, con ocasión de las últimas modificaciones legislativas que han incidido precisamente sobre la organización de la prevención y con el objetivo de usar recursos propios para integrar la prevención en la empresa, el legislador español ha preferido ampliar el supuesto de la asunción de la función preventiva por parte del empresario, no haciendo ninguna mención, ni introduciendo cambios, ni regulación nueva alguna, acerca de la figura de los trabajadores designados; algo que, no obstante, hubiera sido lo deseable, tras las indicaciones de la UE, contenidas en la Estrategia Europea, e incluso, en la Estrategia Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo (2007-2012)⁷⁴⁴.

Quizá pueda ser interesante conocer las razones por las que esto es así y buscar soluciones para conseguir que el trabajador designado sea usado más frecuentemente por las empresas y adquiera la funcionalidad para la que se creó. Está claro que un cambio en la normativa sería lo más rápido y eficaz pero, mientras esto se produce, hay dos cuestiones que deben aclararse en aras a una mayor seguridad jurídica y de una aplicación correcta de esta fórmula organizativa. En primer lugar, la creación de

⁷⁴² MATEOS BEATO, A., *Los servicios de prevención*, Información Laboral, núm. 2, 2002, pp. 13.

⁷⁴³ STS de 12 de mayo de 1999 (R°. 3225/1998, sala de lo social); STS de 20 de diciembre de 1999 (R°. 1441/1999 sala de lo social).

⁷⁴⁴ FERNÁNDEZ RAMÍREZ, M., *Propuestas para la reforma del marco normativo sobre los servicios de prevención*, Aranzadi Socia, núm. 4, 2012, (versión electrónica).

un estatuto jurídico del trabajador designado que permita al empresario saber cuándo y cómo designar trabajadores y, en segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, una incorporación de este estatuto y de la condición prioritaria de esta fórmula organizativa a la regulación efectuada por los convenios colectivos. Cuestión, además, que el RSP ya había previsto en su Disposición Adicional 7ª⁷⁴⁵. En este sentido, un análisis sobre quiénes pueden ser trabajadores designados; el modo en el que se procede a la designación; la necesidad o no de que éstos acepten tal designación; el número de trabajadores designados necesarios; su capacitación y formación; el tiempo de dedicación a las tareas de prevención; y, en fin, los derechos, facultades y garantías que se asisten, son cuestiones que deben abordarse.

3.3.1 Requisitos generales para designar trabajadores: sujetos, tiempo y medios

La primera de las cuestiones que hay que tener clara y que es necesario resolver, por cuanto la norma poco ayuda, es quiénes pueden ser trabajadores designados y qué requisitos deben cumplir. La ausencia de concreción por parte de la norma permite adaptar la fórmula a la diversidad de situaciones que pueden darse en las empresas. Ni la LPRL, ni el RSP establecen la necesidad de que los trabajadores designados tengan una dedicación exclusiva para llevar a cabo las tareas preventivas, a diferencia de lo que ocurre con el personal que pertenece al SPP, respecto al cual sí que la norma lo exige. Por tanto, estos trabajadores pueden, bien ser expresamente contratados para desarrollar tareas preventivas; o bien realizar las labores propias de su puesto de trabajo y, además, las actividades preventivas que se le asignen; o bien, dejar de hacer las labores propias de su actividad laboral y pasar a realizar las actividades preventivas de forma exclusiva. En todo caso, el empresario, antes de tomar la decisión, deberá acudir a lo establecido en el convenio colectivo de aplicación, debiendo aplicarlo si es que existe alguna regulación convencional al respecto ya que nada impide que la negociación colectiva establezca la necesidad de que los trabajadores designados se dediquen a las tareas preventivas de forma exclusiva.

⁷⁴⁵ Disposición Adic. 7ª RSP: *En la negociación colectiva o mediante los acuerdos a que se refiere el artículo 83, apartado 3, del Estatuto de los Trabajadores, podrán establecerse criterios para la determinación de los medios personales y materiales de los servicios de prevención propios, del número de trabajadores designados, en su caso, por el empresario para llevar a cabo actividades de prevención y del tiempo y los medios de que dispongan para el desempeño de su actividad, en función del tamaño de la empresa, de los riesgos a que estén expuestos los trabajadores y de su distribución en la misma, así como en materia de planificación de la actividad preventiva y para la formación en materia preventiva de los trabajadores y de los delegados de prevención.*

A) Quiénes pueden ser Trabajadores Designados

Se pueden distinguir tres posibles alternativas. La primera consiste en contratar a un trabajador, o varios, *ad hoc* para llevar a cabo las tareas preventivas. En este caso el trabajador designado tendría exclusivamente una labor preventiva, y su trabajo consistirá en llevar a cabo todas las actividades para las que tuviera capacidad y para las que contara con los medios y los instrumentos materiales necesarios. La segunda de las opciones es que se designe a un trabajador que ya prestaba servicios en la empresa y que pasa a desempeñar tareas preventivas de forma exclusiva. En este caso, deberá tener la capacitación y la formación necesarias y adecuadas a las actividades que vaya a desarrollar. Estas primeras dos situaciones pueden ser óptimas para los casos de empresas de tamaño grande, o en empresas complejas con abundante actividad subcontratada, o en las que se realicen actividades que, aunque no estén incluidas en el Anexo I, su nivel de peligrosidad y sus riesgos hagan necesario realizar labores preventivas de cierta envergadura y para las que es imprescindible dedicar todo el tiempo de trabajo de forma exclusiva. La tercera de las alternativas consiste de designar trabajadores que ya presten servicios para la empresa, de forma que sigan realizando su trabajo habitual pero además se le encomienden labores de carácter preventivo que no requieran una dedicación completa. Para estos casos, también será necesario que los trabajadores designados cuenten con capacitación y medios materiales pero, además, deberán contar con el tiempo requerido para llevar a cabo estas actividades. Tiempo de trabajo que, en todo caso, será de trabajo efectivo, ya sea dentro de la jornada, ya sea mediante una ampliación de la misma. Parece que, en este caso, lo más razonable es que se designen trabajadores con una dedicación parcial a la prevención, particularmente cuando se trate de empresas pequeñas o empresas de escasa complejidad; aunque también podría ser una opción razonable en los casos en que las empresas elijan otra modalidad organizativa pero se sirvan de estos trabajadores para que realicen, de forma complementaria, ciertos controles sobre la actividad preventiva en los centros y lugares de trabajo.

El problema se plantea cuando el convenio colectivo no recoge ningún criterio o elemento a tener en cuenta para optar por unos u otros trabajadores designados. Y esto ocurre de forma generalizada, en tanto los convenios no regulan prácticamente esta cuestión. No hay que olvidar que no es una modalidad mayoritariamente utilizada, por lo que los agentes sociales no han llevado a las mesas negociadoras esta posibilidad como parte de su estrategia de la negociación. Así las cosas, queda a criterio y libertad de la empresa determinar cómo proceder a la contratación o designación de los trabajadores que se encargan de realizar actividades preventivas como modalidad organizativa.

En todo caso, debe tratarse de una libertad matizada o condicionada ya que se han de tener en cuenta una serie de factores para determinar quién y cómo se puede hacer la

designación. Lógicamente, como ya se ha mencionado y como se aplican y se tienen en cuenta para el resto de fórmulas organizativas, el tamaño de la empresa, la peligrosidad de las actividades, y la distribución de los riesgos son los criterios que deben ser tenidos en cuenta para designar trabajadores. Por otro lado, la adecuada capacitación y formación de los trabajadores designados debe actuar como límite a la misma, especialmente en los casos en los que el trabajador designado es ya un trabajador de la empresa que pasa a tener funciones preventivas, sea de forma total o parcial. Y ello es así porque, cuando el trabajador designado es un trabajador contratado *ad hoc*, ya se entiende que posee una formación suficiente y adecuada al puesto que va a desempeñar que es, justamente, la que justifica la contratación.

Pese a todo, los criterios antes citados, y pese a que se trate sin duda de criterios correctos y que deben ser tenidos inevitablemente en cuenta, siguen siendo bastante indeterminados y no permiten deducir, de manera indiscutible y unívoca, ni cuántos son los trabajadores que tienen que ser designados, ni el tiempo que le deben dedicar a las tareas preventivas, ni la formación que necesitan para poder llevarlas a cabo. En consecuencia, y al contrario de lo que ocurre con los SPP y los SPA, es necesario determinar, en primer lugar, el tiempo necesario y exigible de dedicación a las tareas preventivas; lo que igualmente determinará el tipo y el número de trabajadores a designar.

B) Disponibilidad de tiempo y de medios: elementos imprescindibles

La disposición de tiempo y de medios para desarrollar actividades preventivas son los dos primeros requisitos que se deben cumplir por parte de las empresas, ya que no se trata de condiciones particulares o individuales que deben reunir los trabajadores designados, sino que se tendrán que determinar de manera global en función del tamaño de las empresas, de la peligrosidad de las actividades y de la distribución de los riesgos, así como de otra serie de circunstancias que habría que matizar. Así, no puede ser igual el tiempo de dedicación del trabajador designado en una empresa pequeña, que el que se requiera en una empresa mediana o grande; como tampoco pueden ser iguales los medios materiales necesarios en las empresas que realizan actividades productivas complejas o especialmente peligrosas que los requeridos en empresas de estructuras sencillas y con riesgos livianos o de escasa entidad.

a) Jornada: la suficiencia de tiempo

Una de las razones en las que se fundamenta la afirmación de que el legislador ha puesto poco interés en esta modalidad organizativa es que, precisamente, no se regula absolutamente nada del tiempo que los trabajadores designados deben dedicar a tareas

preventivas. Bien es cierto que la norma no puede entrar a regular la multitud de posibles situaciones empresariales y determinar el tiempo que cada trabajador en cada caso debe dedicar a tareas preventivas. Pero no es menos cierto que debería haber establecido, como hace con las otras fórmulas organizativas (especialmente con el SPA), unos mínimos necesarios a cumplir; lo que, no sólo evitaría situaciones de inseguridad jurídica consecuencia de esa indefinición, sino que permitiría establecer un tiempo real de dedicación a estas actividades que garantice su suficiencia y su eficacia preventiva.

El problema de determinar el tiempo que es necesario y suficiente se manifiesta no sólo en los trabajadores designados que realizan otras actividades laborales en la empresa, sino también respecto de los trabajadores contratados *ad hoc* para prestar estos servicios de prevención. Y es que, para ninguna de las dos posibilidades, se establece el tiempo de dedicación. La única diferencia se encuentra en el hecho de que, en relación con el trabajador designado contratado sólo para realizar funciones preventivas, se genera la presunción de que, en todo caso, sea más o menos tiempo, existe una dedicación real a las actividades preventivas, ya que ha sido contratado precisamente para llevarlas a la práctica (y ello, salvo que se contrate también para realizar otras actividades productivas). Algo que no se produce respecto del trabajador designado que realiza otras actividades laborales, cuya necesaria compatibilidad puede suscitar dudas acerca de la efectividad de su dedicación a las tareas preventivas en la medida en que debe compatibilizarlas con la más directa y estrictamente actividad laboral o productiva.

Puesto que la norma sólo exige que se disponga del tiempo necesario, esto no significa forzosamente que el trabajador haya de contar con un tiempo fijo o exacto todos los días ya que podrá variar en función de las circunstancias, dejando entonces en manos del empresario la determinación de cuánto es el tiempo necesario; una decisión que sólo puede ser controlada por un sistema de auditoría (que, recuérdese, no siempre será obligatorio), por el control de la ITSS, o, en su caso, y a posteriori, por la intervención judicial respecto del caso concreto. Ahora bien, una cosa es que no sea necesario, ni posible ni conveniente, fijar con carácter general una dedicación diaria del trabajador a las actividades preventivas y otra muy diferente, que no sea factible determinar de manera más global o general cuánto tiempo el trabajador designado ha de dedicar a las tareas preventivas. Así pues es aquí donde resulta sumamente interesante establecer criterios para la determinación el tiempo.

En la búsqueda de criterios que puedan determinar cuál debe ser el tiempo necesario y adecuado para la dedicación a actividades preventivas quizá sea conveniente acudir a la regulación sobre el cálculo del número de técnicos de prevención necesario para el SPA; no tanto para aplicarlo a la situación que aquí se plantea, sino para tenerlo en cuenta a efectos de establecer elementos que ayuden a su determinación. En este

sentido, hay que partir de la base de que, tanto el art. 18 RSP, cuando establece un técnico de prevención por cada especialidad, como el Anexo I de la Orden TIN/2504/2010, entienden que el cálculo se realiza para establecer el número de técnicos de prevención necesarios a jornada completa, por lo que el tiempo de dedicación se sobreentiende completo (y en este caso, exclusivo). Ahora bien, nada impide que, una vez determinado el número de técnicos necesarios, no se puedan contratar a jornada parcial, en cuyo caso se computarán teniendo en cuenta la fracción de tiempo de trabajo que realicen para el SPA. Por tanto, la norma lo que está queriendo establecer, en definitiva, es el tiempo que, al final, hay que dedicarle a cada especialidad preventiva.

Estos criterios de determinación del tiempo de dedicación también pueden aplicarse al caso del trabajador designado, si bien introduciendo algún factor de corrección. Así, partiendo del tamaño de la empresa, o de los centros atendidos, y la peligrosidad de las actividades, se puede determinar el tiempo completo que un trabajador designado requiere para realizar adecuadamente las labores de prevención. Partiendo de esta cifra, el tiempo de dedicación podrá reducirse teniendo en cuenta, por ejemplo, las concretas labores preventivas encargadas, las actividades o especialidades completas que se externalizan a los SPA, la preferencia de la empresa por concentrar el tiempo en menos trabajadores designados o, por el contrario, la opción por contar con más trabajadores designados pero con un menor tiempo de dedicación. También es importante fijar el tiempo de dedicación en función del número de centros de trabajo teniendo en cuenta, por ejemplo, la dispersión o concentración geográfica de los mismos ya que se trata de una referencia, a la que, como se ha visto, el legislador acude frecuentemente. Ejemplos de la aplicación de estos criterios se encuentran en el RD 843/2011, de 17 de junio, de regulación de la actividad sanitaria de los servicios de prevención, donde se parte de una jornada completa, para la primera UBS, teniendo en cuenta el número de horas de dedicación por trabajador al año (art. 4.3 b)) y, dando un paso más, se permite para los SPP la reducción de la jornada completa de esa USB en función del número de trabajadores y de los riesgos, estableciendo como mínimo la mitad de jornada en todo caso (4.3 e)).

Si la Ley no precisa nada acerca de la cuantificación del tiempo de dedicación, menos aún lo hace en relación con el momento en el que deben llevarse a cabo tales actividades preventivas. Es decir, nada señala sobre si la actividad debe tener lugar dentro de la jornada de trabajo; si en el caso de un trabajador designado que es trabajador a tiempo parcial, su actividad preventiva supone que su jornada ha de ampliarse mediante horas complementarias; o si, en fin, puede desempeñar esa actividad fuera de su jornada completa habitual a modo de horas extraordinarias. En todo caso, exigir una prolongación de la jornada ordinaria para llevar a cabo las funciones preventivas, sin retribución extraordinaria, no es posible ya que daría lugar a

un enriquecimiento injusto del empresario⁷⁴⁶. Desde el punto de vista legal, el abanico de posibilidades es amplio en función de la jornada y del contrato del trabajo del trabajador designado. Si tiene una jornada completa, se podrán hacer horas extraordinarias, con los límites establecidos en el art. 35 ET y en los convenios colectivos; si el contrato es a tiempo parcial, se podrán hacer horas complementarias o acordar una novación contractual, pasando el contrato a tiempo completo.

b) Medios para el desarrollo de la actividad preventiva: la suficiencia de recursos materiales y jurídicos

La suficiencia de los trabajadores designados no sólo se puede medir por el tiempo de dedicación y el número de trabajadores a los que se encomienda la actividad preventiva, sino por la existencia de medios materiales que les permitan desarrollar tal actividad en condiciones adecuadas. Tanto la LPRL como el RSP (arts. 30.2 y 13.1 RSP respectivamente) establecen la obligación para el empresario de facilitar estos medios. Sin embargo, no se concreta ningún aspecto más, ni cuáles deben ser éstos, ni el número de instrumentos o equipos que deben ponerse a disposición del trabajador designado, ni cómo se determinan en función de la actividad desarrollada, etc. El propio RSP, en su Disposición Adicional 7ª, se remite a los convenios colectivos para que sean éstos los que fijen unos criterios concretos para la determinación de los medios necesarios para el desempeño de la actividad preventiva, siempre teniendo en cuenta el tamaño de la empresa, los riesgos a que estén expuestos los trabajadores y la distribución de estos riesgos. Pero hay dos circunstancias que hay que tener en cuenta. La primera, que el legislador insta a los negociadores a que determinen exclusivamente los criterios útiles para establecer los medios necesarios, pero no a la concreción exacta de los mismos; lo que es lógico ya que, en todo caso, han de tenerse en cuenta, las circunstancias específicas de cada empresa valorables a través de los ya clásicos criterios de tamaño de la empresa, los riesgos y su distribución. La segunda, que, pese a hacer dicho llamamiento, la negociación colectiva no ha abordado la cuestión. Siendo este el panorama normativo, es inevitable proponer una interpretación sistemática acerca de qué y cómo deben establecerse los que se consideran medios necesarios a disposición de los trabajadores designados. Para lo que hay que diferenciar, por un lado, los medios materiales que el trabajador necesita para el desarrollo de la función preventiva, y, por otro, los medios de carácter jurídico que consisten en el derecho o las facultades que el empresario debe otorgar al técnico de prevención para que pueda desempeñar su tarea: habilitarle para que realice determinadas actuaciones, solicitar colaboración a los miembros de la empresa, pedir que se lleven a cabo algunas acciones, etc. En definitiva, se trata de otorgar al trabajador designado técnico de prevención la cualidad de, al menos, mando

⁷⁴⁶ TOSCANI GIMENEZ, D., *Las dudas más frecuentes sobre la organización de la actividad preventiva*, Revista Gestión Práctica de Riesgos Laborales, núm. 34, 2007, pp. 21-22.

intermedio, encargado o responsable, con ciertas obligaciones y responsabilidades de las que se deriva un cierto poder de actuación que el empresario le otorga con la designación⁷⁴⁷.

Por lo que respecta a los medios materiales puede resultar conveniente tener en cuenta a estos efectos, y a modo orientativo, el Anexo II de la Orden TIN/2504/2010, de 20 de septiembre⁷⁴⁸ sobre los recursos instrumentales mínimos para los SPA, de manera que, atendiendo a los criterios que la norma determina (tamaño de la empresa, tipo de riesgos y distribución de los mismos), y, además, teniendo en cuenta las concretas tareas que vayan a realizar los trabajadores designados, su formación, y las actividades que hayan sido subcontratadas con un SPA, se puedan determinar los recursos con los que estos trabajadores designados deben contar. En definitiva, habrá que ver qué especialidades o actividades preventivas concretas van a llevar a cabo y el número de trabajadores técnicos de prevención que las van a realizar. De esta manera se podrá saber con algo más de criterio y seguridad, qué instrumentos y materiales son necesarios.

C) Criterios para la determinación del número de trabajadores designados

Para determinar cuántos trabajadores designados son necesarios se deberá tener en cuenta el tiempo de dedicación de los mismos y los medios de los que se dispone. Por ello, lo más razonable es volver a la diferenciación entre trabajadores designados con dedicación exclusiva (que podrán ser a jornada completa o a jornada parcial) y trabajadores designados con dedicación parcial a actividades preventivas.

Empezando por este último caso, puede resultar muy interesante acudir a la regulación del número de trabajadores delegados de prevención⁷⁴⁹. La razón es que el trabajador designado sin exclusividad se podría asimilar, en cuanto al tiempo de dedicación a actividades preventivas, al delegado de prevención. En este sentido, el art. 35 LPRL establece que las empresas a partir de 6 trabajadores pueden tener delegados de prevención en función de los delegados de personal que tenga la misma y, a partir de

⁷⁴⁷ DIAZ MOLINER, R., *Derecho de prevención de riesgos laborales*, Madrid, Dijusa, Vol. II, 1998, pp. 73.

⁷⁴⁸ No se tendrá tanto en cuenta los criterios que sobre medios materiales establece el RD 843/2011, de 17 de junio, sobre recursos para el desarrollo de la actividad de vigilancia de la salud, porque serán muy raros los casos en los que un trabajador designado sea médico del trabajo y sólo se aplicarían en aquellas empresas que tuvieran servicio médico, habiendo contratado el resto de especialidades preventivas con un SPA.

⁷⁴⁹ Regulación que también se utiliza a otros efectos como es el caso del cómputo de trabajadores temporales para determinar el número de trabajadores de la empresa y, a partir de este dato, fijar la modalidad organizativa de prevención más adecuada.

50 trabajadores, serán delegados de prevención los elegidos por y entre los delegados de personal (en este sentido, el art. 35 está íntimamente conectado con el art. 62 ET). Se trata de unos umbrales que, a los efectos que aquí interesan, pueden servir de criterios orientativos para determinar el número necesario de trabajadores designados en función del volumen de la plantilla de la empresa, especialmente en empresas medianas y pequeñas, y, en todo caso, menores de 500 trabajadores, o de 250 trabajadores con actividades peligrosas, ya que en estos casos habrá que constituir necesariamente, como se sabe, un SPP, y por tanto, el baremo que se utiliza para fijar el número de delegados de prevención ya no resulta congruente.

Siguiendo este el posible criterio, aunque en calidad de mínimo, ello supondría establecer que, cuando las empresas son pequeñas (hasta 49 trabajadores), habrán de contar con un trabajador designado, cuando tengan hasta 100 trabajadores requerirán dos trabajadores designados, y cuando tengan hasta 500 trabajadores, ascenderán hasta tres. Sin embargo, este resultado ha de modularse en función de la peligrosidad de las actividades y la distribución de los riesgos, esto es, de la existencia de varios centros de trabajo y su localización geográfica; siendo dos problemas que dejaría sin resolver este criterio. Pero además, habría que determinar el número de trabajadores designados necesarios en empresas de hasta 5 trabajadores (donde no han de existir delegados de prevención) que, en todo caso y por aplicación del sentido común, sería de uno. En todo caso, los trabajadores a designar siguiendo este criterio sólo podrán ser a tiempo parcial, ya que igualmente es parcial la dedicación de los delegados de prevención.

Más difícil puede resultar la determinación del número de trabajadores designados cuando estos tienen una dedicación exclusiva. Quizá en este caso sea conveniente volver a acudir al más reciente Anexo I de la Orden TIN/2504/2010 en el que se determina el número de técnicos necesarios que debe tener un SPA para poder acreditarse como tal. Esta puede ser una referencia muy útil para las empresas porque tiene en cuenta la peligrosidad de las actividades y, en cierto modo, también la distribución de los riesgos por centros de trabajo y el tamaño medio de los mismos. Lo que ocurre es que, pese a que se trate de una opción posible, también se pueden encontrar ciertos inconvenientes a su aplicación. En concreto, el hecho de que el Anexo I está pensado para determinar el número de técnicos de prevención que realizarán actividades preventivas por especialidades concretas teniendo en cuenta que se trata de técnicos de nivel superior o de nivel intermedio (cuando estos no supongan más de un 50% del total de los técnicos del SPA); perspectivas que difícilmente son trasladables al ámbito de la organización preventiva cuando ésta se asume por trabajadores designados, y además parte de la premisa establecida por el art. 18 RSP donde se establece que deberá haber un técnico por cada especialidad, algo que no es pensable para los trabajadores designados ya que entonces, la modalidad que se estaría gestionando es la del SPP, excediéndose del contenido previsto.

Sin embargo, sí que se podría tener en cuenta para la determinación de número mínimo de trabajadores designados los criterios de contabilización de trabajadores en la empresa a los que se hizo referencia en el capítulo II sobre la aplicación del baremo en función de la tarifa de primas de cotización; lo que puede ser un buen referente para valorar la peligrosidad de las actividades (diferenciando entre una tarifa inferior a 1,5, una entre 1,5 y 6, y una tarifa superior a 6). Así, al resultado obtenido, se le pueden aplicar criterios correctores ampliando o disminuyendo el número en función de la cercanía o lejanía de los centros de trabajo y en razón del tiempo de dedicación de los trabajadores designados (teniendo en cuenta si realizan la actividad de prevención de forma exclusiva, si la realizan de forma parcial, e incluso si al mismo tiempo asumen funciones de recursos preventivos o encargados de coordinación). En todo caso, habría que tener en cuenta que pueden existir casos en los que ciertas actividades no podrán ser realizadas por los trabajadores designados, ya sea por falta de medios materiales, ya sea por falta de conocimientos, como puede ocurrir con las de vigilancia de la salud (sobre lo que después se volverá), o ciertas mediciones específicas de agentes físicos, químicos o biológicos para las que se requieren condiciones y medios especiales.

3.3.2 Requisitos específicos para poder ser trabajador designado: capacidad, formación y vínculo con la empresa que le designa.

Junto a las condiciones generales que, permitirían la constitución de la opción organizativa de la designación, hay que analizar las condiciones individuales o requisitos que deben concurrir en el concreto trabajador designado. Por un lado, se encuentra la necesidad de que este encargado de la prevención cuente con la formación necesaria para poder desarrollar las tareas preventivas que se le haya asignado; por otro, que sea trabajador de la empresa, siendo el contrato de trabajo la única posibilidad a través de la cual un técnico de prevención desarrolle su trabajo en una empresa como trabajador designado (al igual que ocurría con los trabajadores técnicos de los SPP). A continuación se analizarán cada uno de estos dos requisitos.

A) La capacidad y la formación como elementos indispensables para ser trabajador designado

La capacitación y la formación de los trabajadores designados también constituyen un interrogante al que hay que dar respuestas. Si se atiende a la LPRL, el art. 30 sólo establece que los trabajadores designados deben tener la capacidad necesaria; mientras que el art. 13 del RSP concreta algo más, pero no lo suficiente, cuando señala que los trabajadores designados deberán tener la capacidad correspondiente a las funciones a

desempeñar⁷⁵⁰, de acuerdo con el Capítulo IV del mismo⁷⁵¹ (referido a las funciones y niveles de cualificación que deben tener los técnicos)

La capacidad que debe tener un trabajador designado estará en función de su formación, y ésta, a su vez, se manifestará en las funciones que efectivamente realice. Por ello, cuando el trabajador designado tenga una formación básica, sólo podrá llevar a cabo las tareas preventivas propias de esta formación conforme al art. 35 RSP; cuando tenga una formación intermedia, además de las anteriores podrá realizar las funciones establecidas en el art. 36 RSP; y deberá ser un técnico superior con la formación propia de este tipo de técnicos cuando vaya a desempeñar las tareas establecidas en el art. 37 RSP, es decir, cuando vaya a realizar cualquier tipo de actividad preventiva, salvo la de la vigilancia de la salud, para la que además deberá tener una titulación que le habilite para ello, es decir que el técnico de prevención deberá ser médico del trabajo o enfermero del trabajo.

En este sentido, hay que destacar algún Acta de Infracción donde se tipifica como infracción grave por vulneración del art. 12.22 LISOS la designación de trabajadores que, teniendo formación de nivel básico, realizaban actividades de formación e información a los trabajadores sobre los riesgos existentes en el puesto de trabajo y sus medidas correctoras. El Acta de Infracción recuerda que este tipo de actividades preventivas corresponden a los técnicos de nivel intermedio o superior, pero no a lo de nivel básico⁷⁵². El problema, como se puede observar, no radica tanto en la formación que deberá tener el trabajador designado, sino en la determinación de qué funciones tienen que realizar y cuáles no, y por tanto, cuáles van a ser desarrolladas por otras posibles fórmulas organizativas (empresario, SPP, SPA, o SPM). Precisamente, volverán a ser las circunstancias del tamaño de la empresa, la peligrosidad de la actividad y la distribución de los riesgos, las que determinen, no sólo el número de trabajadores designados, sino también la conveniencia de que éstos realicen unas u otras actividades preventivas, y, por tanto, la exigencia de que tengan una concreta formación.

La formación o titulación serán exigibles antes de la designación del trabajador para desempeñar las tareas preventivas, y, en todo caso, cuando se designa a un trabajador que no tiene la formación requerida, el empresario deberá proporcionársela de acuerdo

⁷⁵⁰ DIAZ MOLINER, R., *Derecho de prevención de riesgos laborales*, Madrid, Dijusa, Vol. II, 1998, pp. 70-71. Pese a que la norma habla de capacidades y aptitudes de los trabajadores designados, no se trata de que los trabajadores tengan unas condiciones físicas y psíquicas que determinen la capacidad, sino que la misma quedará acreditada con la sola existencia de una formación con la que se estimaría cubiertos los condicionantes de capacidad y de aptitud.

⁷⁵¹ Excepcionalmente para los trabajadores que antes de la LPRL ya realizasen funciones preventivas asimilables a las de niveles intermedio y superior, las condiciones para ser trabajadores designados se establecían en la Disposición Adicional 5ª. RSP.

⁷⁵² Acta de Infracción de la ITSS de 13 de agosto de 2009.

a las funciones que le vaya a encomendar⁷⁵³. Cuando sea necesario formar al trabajador de la empresa que va a desarrollar funciones de trabajador designado, esa formación deberá impartirse y recibirse por el trabajador dentro de la jornada de trabajo, o, si fuera necesario impartirla fuera de la jornada, está deberá ser compensada de alguna manera al trabajador; un coste de la formación que no podrá recaer sobre el trabajador⁷⁵⁴. En este sentido, se pueden aplicar a la formación específica de los trabajadores designados, ciertos criterios regulados en el art. 19 LPRL en relación con la formación en relación con el puesto de trabajo a proporcionar a cada trabajador individualmente considerado⁷⁵⁵, o respecto de la formación en prevención de los delegados de prevención (art. 37.2 LPRL)

B) Vínculo jurídico: trabajador por cuenta ajena

Por lo que se refiere al segundo de los requisitos, esto es, la pertenencia del trabajador designado a la empresa como trabajador de la misma, hay que determinar si el vínculo existente entre la empresa y este técnico de prevención debe ser un contrato de trabajo o puede tratarse de otro tipo de vinculación, debiendo diferenciarse entre los trabajadores designados que ya realizaban tareas o desempeñaban funciones en la empresa, de aquéllos que se contratan *ad hoc*. Y ello porque, en el primer caso, el hecho mismo de que ya tengan una vinculación laboral previa es lo que, precisamente, hace posible que le asignen funciones concretas en materia preventiva, manteniendo obviamente el vínculo jurídico que ya le unía a la empresa.

En estos casos, cuando ya es un trabajador contratado por la empresa con otras funciones laborales, podrá tratarse de trabajadores con contratos a tiempo parcial como a jornada completa. Lo relevante será, como se ha dicho, que se disponga de tiempo suficiente para realizar las actividades preventivas encomendadas. Más problemas se plantean en relación con el segundo caso, es decir, con el hecho de que sea un trabajador designado contratado *ad hoc* por la empresa para desarrollar las actividades preventivas. A este efecto, la vinculación existente entre un trabajador designado y la empresa que lo contrata puede lógicamente ser laboral, mediando por tanto entre ambos un contrato de trabajo. Pero la cuestión es si puede caber una vinculación de tipo mercantil o civil, donde lo que se contrate sean las labores de prevención a un técnico de prevención, que aparecería normalmente como un trabajador autónomo, que tiene la formación necesaria y la experiencia que convenga a la empresa. en cierto

⁷⁵³ CABEZA PEREIRO, J., LOUSADA AROCHENA, J. F. (coords.), *Comentarios a la Ley de prevención de riesgos laborales*, Granada, Comares, 1998, pp. 212.

⁷⁵⁴ GARRIGUEZ JIMÉNEZ, A., “La organización de la prevención en la empresa (II). Las modalidades inespecíficas de organización técnico-preventiva”, en GARCIA NINET, J. L., *Manual de Prevención de riesgos Laborales*, Barcelona, Atelier, 2002, pp. 295-296.

⁷⁵⁵ GARATE CASTRO, J., *Organización de la prevención mediante la designación de uno o varios trabajadores*, op. Cit., (versión electrónica)

modo, resulta razonable que no haya impedimentos a contrataciones que no sean estrictamente laborales. En primer lugar, porque ello es una manifestación clara de la libertad de empresa; y, en segundo lugar, porque no tiene por qué tener consecuencias negativas para la seguridad y salud de los trabajadores de la empresa ya que no es tanto el tipo de contrato entre el técnico designado y el empresario lo que determina necesariamente una mejora o un empeoramiento de la calidad y eficacia de las actividades preventivas realizadas por aquél, sino más bien una adecuada disposición de tiempo, de medios, de formación y de participación en la integración de la prevención. Sin embargo, como ya se dijo, la LPRL y el RSP llevan a una solución diferente.

Varias son las razones que se argumentan en contra de una vinculación que no sea laboral. En primer lugar, el art. 30 LPRL, que habla de trabajadores y no de técnicos en general, por lo que ya da una idea de lo que el legislador pretende a estos efectos; lo que se confirma por el art. 30.4 LPRL cuando establece las garantías de que deben disfrutar los trabajadores designados y que sólo pueden ser entendidas en el marco de un contrato laboral. En segundo lugar, la contratación de un trabajador designado fuera de un contrato laboral deber ser entendida como una contratación de la organización de la actividad preventiva, y ésta se ha previsto exclusivamente en los siguientes casos, ninguno de los cuales se refiere a un trabajador autónomo: 1) para los SPA; 2) para las actividades que requieran unos conocimientos especiales y unas instalaciones de especial complejidad (art. 19.2 RSP), subcontratación que, además, solo se podrá articular por los SPA; 3) para los casos de realización de acuerdos de colaboración entre diferentes SPA para la prestación de actividades sanitarias dentro de la especialidad de vigilancia de la salud; o la realización de contrataciones del SPP que tiene la especialidad de medicina del trabajo a un SPA para que lleve a cabo ciertas actividades; 4) para los casos de contratación de encargados de la coordinación de prevención por parte de empresas que se dedican a la coordinación de actividades empresariales (art. 13.3 f) RD 171/2004); 5) para la elaboración de Planes de autoprotección y planes de emergencia; y 6) en el sector de la construcción para la contratación de coordinaciones de seguridad y salud.

Puesto que se trata de una subcontratación de la organización preventiva que sólo se permite en los supuestos legalmente admitidos, el empresario deberá ceñirse a esos supuestos y atenerse a su estricta regulación legal. Por otro lado, no se puede olvidar que, para que los SPA puedan actuar como organización preventiva de las empresas, deben pasar un procedimiento de acreditación que supondría una desventaja respecto a la existencia de técnicos de prevención que desempeñaran la actividad preventiva en las empresas como trabajadores autónomos o como autónomos económicamente dependientes, ya que los requisitos a cumplir, no es que no sean los mismos, es que para el caso de los técnicos de prevención individuales son inexistentes. Así pues, se podría pensar en una competencia desleal por cuanto realizar la misma actividad, la

inclusión y actuación en el mercado tiene lugar en condiciones diferentes, que serían más ventajosas para los trabajadores autónomos.

Pero no sólo se plantean cuestiones de ilegalidad en relación con esta posibilidad de que la vinculación no sea laboral, sino también otro tipo de problemas en relación con la configuración general de las modalidades organizativas tal y como están pensadas en la norma. El primero de ellos, se puede detectar en torno a la necesidad de que los trabajadores designados tengan tutelada y garantizada la independencia, que en este caso poseen por vía de la propia autonomía que genera el vínculo contractual no laboral. Así pues la garantía de la independencia como garantía de eficacia del sistema preventivo⁷⁵⁶ puede resultar difícil de alcanzar por parte de los trabajadores autónomos, especialmente de los trabajadores autónomos económicamente dependientes a los que, en principio, no se les aplica el art. 30.4 LPRL (garantías pensadas para los trabajadores asalariados).

Otro de los problemas que se puede traer a colación es que, si con el trabajador designado se puede conseguir una mayor y más eficaz integración de la prevención en la empresa puesto que se trata de un recurso propio, el hecho de que esta opción sea a través de una subcontratación puede significar una menor implicación del técnico de prevención, ya que no sólo prestará servicios a una empresa, sino que lo hará como recurso externo a todas las que contraten sus servicios⁷⁵⁷, por lo que no actuará desde dentro de la empresa. Un trabajador designado conoce la empresa, se encuentra integrado en su estructura y, en principio, a efectos de realización de actividades de prevención, le resultará más sencillo su ejecución por los conocimientos y facilidades que le otorga el hecho mismo de pertenecer a la empresa. No obstante, habría que estar al caso concreto, ya que este argumento, al contrario de los anteriores, no supone en sí mismo, la prohibición de subcontratar a un trabajador autónomo como trabajador designado.

3.4. Obligación de aceptación de la designación por parte del trabajador

El presente epígrafe queda referido únicamente a los trabajadores designados que: a) realizan las actividades preventivas de forma parcial, porque siguen desempeñando otras funciones productivas en la empresa, o b) eran trabajadores de la empresa que pasan a realizar de forma exclusiva labores preventivas, dejando de realizar las tareas laborales para las que inicialmente se contrató. Este supuesto no se aplica a los

⁷⁵⁶ GONZALEZ ORTEGA, S., *La organización de la prevención por el empresario: los servicios de prevención*, op. cit., pp. 33 y ss.

⁷⁵⁷ Y así debería ser, porque de lo contrario, es decir si sólo trabaja el autónomo para una única empresa como trabajador designado se estaría en presencia de supuestos no permitidos por la ley como el caso de los falsos autónomos o, incluso, el de las cesiones ilegales de trabajadores (art. 43 ET)

trabajadores contratados *ex novo* para desarrollar funciones como trabajador designado ya que su contrato estará previsto precisamente para el desempeño de estas tareas.

La aceptación de tales funciones por parte del trabajador designado va a venir determinada por la posible existencia de una obligación del trabajador, que habrá que justificar, o por la posibilidad de negación en virtud de la aplicación de los derechos laborales que asisten a estos trabajadores, y que también habría que argumentar. A continuación se analizará si el empresario puede ejercer su poder de dirección ordinario sin más limitaciones que las derivadas de las titulaciones y capacitación profesional y la dignidad del propio trabajador; o si por el contrario, el empresario sólo podrá actuar por la vía de la movilidad funcional o la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, produciéndose en este último caso una novación contractual.

Antes de pasar a este análisis, no hay que olvidar que el trabajador designado puede pasar a serlo mediante un acuerdo de voluntades con el empresario, sin que se planteen entonces problemas de ningún tipo sobre la aceptación de la designación, ya que, se trate de una adición de funciones (el trabajador designado podría compatibilizar sus funciones como si se trata de una especie de polivalencia funcional) o se trate de una modificación de las funciones que cambian el contenido del contrato de trabajo, el acuerdo elimina cualquier límite que la ley haya previsto. En estos casos, el único requisito que habría que cumplir sería el de poseer la formación en prevención necesaria para el desempeño de las funciones designadas, y en todo caso, habrá que tener en cuenta que esta novación contractual estará sujeta al principio de irrenunciabilidad de derechos que establece el art. 3.5 ET .

3.4.1 Ejercicio del poder de dirección y designación de trabajadores

El poder de dirección es la facultad del empresario para determinar en qué consisten las prestaciones que los trabajadores han de realizar en el marco del contrato de trabajo (art. 20 ET). Este poder de dirección se configura como una prerrogativa unilateral del empresario que no necesita del consentimiento del trabajador, mediante el cual se varían ciertos aspectos del contrato de trabajo respondiendo a causas objetivamente razonables, dure el menor tiempo y siempre que no se alteren las condiciones esenciales del contrato ni se cause ningún perjuicio económico y moral al trabajador⁷⁵⁸.

⁷⁵⁸ MONTOYA MELGAR, A., *El poder de dirección del empresario (art. 20)*, Revista española de derecho del trabajo, Civitas, núm. 100, 2000 (Ejemplar dedicado a: El estatuto de los trabajadores, Veinte años después), pp. 575-596; MOLINA NAVARRETE, C. (et. al), El contrato de trabajo y el poder de dirección del empresario entre las razones del mercado y las razones de la persona, en RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. y PÉREZ GUERRERO, M^a. L. (Coords.), *Veinticinco años de Estatuto de los Trabajadores: balance y perspectivas para un nuevo Estatuto*, Sevilla, Mergablum, 2006, pp. 19-132; LUQUE PARRA, M., Los límites jurídicos de los poderes empresariales en la

La designación de trabajadores podría configurarse como una manifestación del poder de dirección de la empresa, consecuencia, en esta ocasión, de la configuración legal del empresario como responsable central de la prevención en la empresa, y, concretamente, como responsable del deber general de prevención, materializado entre otros en el deber de configurar una modalidad organizativa. Sin embargo, siendo la designación de trabajadores un acto obligatorio para el empresario, impuesto por las normas de prevención, ello no puede justificar que este empresario ignore los límites que la normativa laboral impone a los cambios realizados sobre las relaciones contractuales laborales. No parece razonable entender, sin más, que la designación dependa exclusivamente de la voluntad del empresario, y que no haya ningún ajuste teniendo en cuenta la voluntad del trabajador que va a resultar afectado.

No obstante, y aunque se admitiera la posibilidad de ejercicio del poder de dirección ordinario en la designación de trabajadores, hay que recordar que éste en ningún caso es absoluto, sino que debe atenerse a una serie de limitaciones generales y específicas que el empresario habrá de respetar y atender, antes de llevar a cabo cualquier tipo de cambio o modificación de las condiciones laborales de sus trabajadores. Como límites generales, se encuentra la dignidad del trabajador y las titulaciones académicas o profesionales así, como la formación necesaria para el desempeño del puesto. Como límite específico para estos casos, es claro que se encuentra la formación concreta en materia de prevención de riesgos laborales, la regulación convencional que pudiera existir en cada caso de la clasificación profesional del trabajador, para lo que habría que ver si las funciones de prevención del trabajador designado se encuentran dentro del mismo grupo profesional en que está encuadrado el trabajador, y el tiempo o duración de la designación, que deberá ser limitado (cuestión que como se verá, no está pensada para el trabajador designado). Teniendo en cuenta estos criterios generales, a continuación se analizará la posibilidad o no de la imposición por parte del empresario a un trabajador para que realice funciones preventivas como trabajador designado y las opciones con las que cuenta el trabajador para aceptar o no tal designación.

En primer lugar habría que acudir al propio contrato del trabajador y a los posibles pactos que se hubieran firmado entre empresario y trabajador sobre polivalencia funcional (art. 22.4 ET). Para su análisis también habría que tener en cuenta la clasificación profesional regulada convencionalmente y que se hubiera regulado en la misma el puesto de trabajador designado en alguno de los grupos profesionales o las funciones preventivas a realizar por trabajadores designados. Mediante la polivalencia, el empresario puede ampliar al máximo el contenido de la prestación a desarrollar pudiendo realizar el trabajador funciones propias de más de un grupo profesional. En

relación laboral, Barcelona, Boch, 1999; SANTOS FERNÁNDEZ, M. D., El contrato de trabajo como límite al poder del empresario, Albacete, Bomarzo, 2005; GIL Y GIL, J. L., *Principio de la Buena Fe y Poderes del Empresario*, Sevilla, Mergablum, 2003, pp. 185-198.

segundo lugar, y si esta polivalencia no se ha previsto, de nuevo habría que acudir al sistema de clasificación profesional y ver si dentro del mismo grupo profesional en el que esta encuadrar el trabajador se ha determinado el puesto de trabajador designado. En este caso la asignación de estas funciones nuevas formará parte del poder de dirección ordinario (art. 20 ET en relación con el art. 39.1 ET). En tercer lugar, y si ninguna de estas posibilidades son admisibles, entonces es cuando entra en juego el poder de dirección extraordinario que requiere de la aplicación de los criterios de la movilidad funcional en la que se alteran las funciones del puesto de trabajo.

Así pues, aunque el encargo de estas funciones supondrían una manifestación del poder de dirección del empresario para ocupar a trabajadores en distintas actividades de las contratadas por vía del encuadramiento profesional también se producirán, en la mayoría de las ocasiones, situaciones en las que sea necesario aplicar las consignas de la movilidad funcional (art. 39. 2 y 3 ET); o si concurrieran otras condiciones, mediante el procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo (art. 39.4 y art. 41 ET.) Por tanto, la cuestión en este caso va a depender de si se produce una variación de grupo profesional o si se trata de funciones que pertenecen al mismo grupo profesional al que pertenecía el trabajador sobre el que va a recaer la designación, y del tiempo previsto de la duración de la designación. Teniendo esto en cuenta, se podrá determinar si se trata del ejercicio regular del poder de dirección, del ejercicio de la facultad excepcional de cambio de funciones por parte del empresario, a través de la llamada movilidad funcional, o por el contrario, si se está ante una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, entendiéndose en este caso, que lo que se produce es un cambio relevante y de cierta entidad, con carácter permanente o indefinido más allá de las funciones correspondientes al grupo profesional del trabajador.

3.4.2 La movilidad funcional y la modificación sustancial de las condiciones de trabajo como instrumentos para designar a los trabajadores

Cuando el trabajador pasa a realizar funciones preventivas de manera exclusiva o cuando adiciona tareas preventivas a las funciones laborales que venía realizando fuera del grupo profesional, entonces hay que determinar si esa designación es un supuesto de movilidad funcional (art. 39.2 y 3 ET), o si se trata de un supuesto de modificación sustancial de condiciones de trabajo (art. 39.4 y 41 ET)⁷⁵⁹. Sea como fuere, y teniendo

⁷⁵⁹ GOERLICH PESET, J. M., *El concepto de modificación sustancial de las condiciones de trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Aranzadi Social, núm. 13, 2007, (versión electrónica); LUJAN ALCARAZ, J., *Elementos para una caracterización jurisprudencial de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo*, Aranzadi Social, núm. 5, 2000, (versión electrónica); MARTÍNEZ GIRÓN, J., “Modificación sustancial de las condiciones de trabajo”, en BAYOS GRAU, A.; FLORENCIO THOMÉ, C. y GARCÍA SCHWARZ, R., (Coords.), *Diccionario internacional de derecho del trabajo y de la seguridad social*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 1501-1503; TOSCANI GIMENEZ, D., *Concepto*

en cuenta el concepto de trabajador designado y las obligaciones y responsabilidades que adquiere el trabajador, este tiene que asumir un cambio importante en sus funciones y tareas, ya que pasa a realizar funciones distintas suprimiéndose todas o algunas de las que contrató.

No obstante, el problema consistirá en determinar la sustancialidad del cambio⁷⁶⁰. A priori, puede no parecer lo mismo, el trabajador designado que puntualmente coadyuve a otra fórmula organizativa (empresario o servicio de prevención) y que por tanto, dedique una pequeña parte de su tiempo a realizar funciones preventivas, configurándose como un sujeto colaborativo, que el trabajador designado que se configura como modalidad organizativa principal, y que por tanto, realizará una gran parte de las actividades preventivas previstas, siendo entonces las otras modalidades preventivas complementarias de éstas. En el primer caso, se podría plantear si el mero encargo de tareas preventivas de forma puntual supone un cambio sustancial, mientras que, en el segundo caso, y aún dedicando un tiempo parcial de la jornada a labores preventivas, el cambio sí que podría adquirir la calificación de sustancial⁷⁶¹. El mero encargo de tareas preventivas de manera puntual no puede concebirse como un supuesto de designación de trabajadores; en todo caso se podría tratar de un caso de cooperación del trabajador en materia preventiva como obligación del trabajador impuesta por el art. 29.2 6º LPRL.

Para los casos en los que se designa al trabajador como modalidad organizativa del art. 30 LPRL y 12 RSP, hay que entender que se produce un cambio de funciones sustancial ya sea el supuesto del trabajador pasa a ser en exclusiva trabajador designado, ya sea de forma parcial. Hay varias razones que podrían llevar a la conclusión de que no se está ante supuestos de movilidad funcional del art. 39. 2 y 3 ET, y si de modificación sustancial de las condiciones de trabajo del art. 41 ET. En primer lugar, como se ha dicho, cuando se designa a un trabajador no se trata de una colaboración puntual, porque entonces no podría ser una modalidad organizativa de las previstas en la normativa, puesto que no se trata de un trabajador que colabora con el empresario como consecuencia de su deber de prevención, sino que se trata de un sujeto al que se le otorgan funciones preventivas concretas. En segundo lugar, no va a

y alcance de la modificación sustancial de condiciones de trabajo, Actualidad laboral, Nº 21-22, 2012, (versión electrónica)

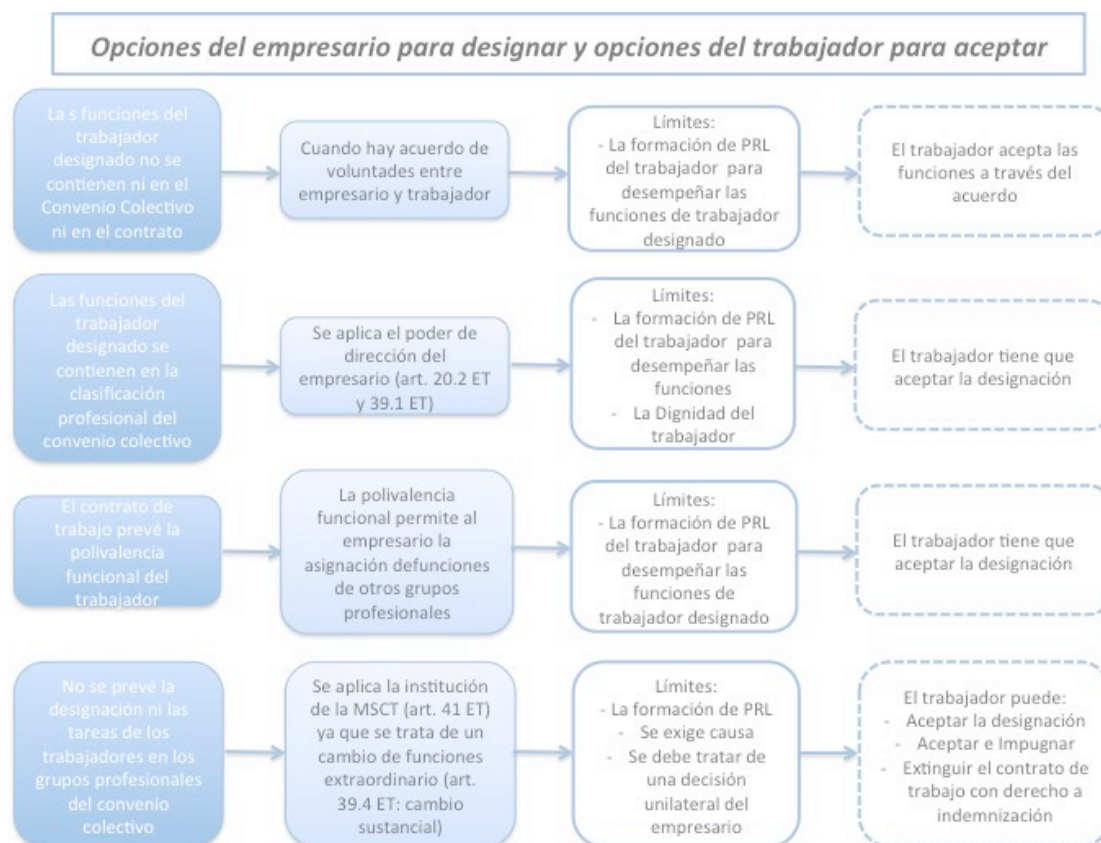
⁷⁶⁰ Algunos autores consideran que la sustancialidad del cambio se produce siempre ya que el trabajador, por un lado va a ver sensiblemente alterado su panorama funcional habitual, y por otro lado, la asunción de actividades técnico preventivas implica la aceptación implícita de las eventuales responsabilidades que pudieran derivar. En este sentido, GARRIGUES GÍMENEZ, A., *La organización de la prevención en la empresa*, op. cit., pp. 281.

⁷⁶¹ STSJ de Castilla la Mancha, de 3 de febrero de 2012 (Rº. 1372/2011) en la que no se aprecia modificación sustancial en un supuesto de movilidad funcional en la asignación al trabajador de funciones de una categoría profesional equivalente, por no rebasar el lícito ejercicio del ius variandi del empresario.

tratarse, como regla general, de una movilidad temporal, sino que se va producir un cambio de funciones del trabajador de manera previsiblemente definitiva. La movilidad a otro grupo requiere que sea por el tiempo imprescindible y por causas técnicas y organizativas, y la designación de trabajadores como modalidad organizativa de prevención tiene una vocación de permanencia. Por tanto, se trata de un caso en el que se aplica claramente la previsión contenida en el art. 39.4 ET cuando establece que el cambio de funciones distintas de las pactadas y no incluidas en el supuesto del precepto (art. 39 ET), requerirá, bien un pacto o acuerdo entre las partes, bien una aplicación de las reglas de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo⁷⁶².

Así pues, todo parece indicar que la manera de proceder al cambio de funciones cuando estas exceden del grupo profesional del trabajador es a través del procedimiento de modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Esta designación del trabajador con el consiguiente cambio de funciones, en realidad está afectando al elemento de la voluntariedad que permitió la aceptación de las condiciones iniciales del contrato de trabajo. Con la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, y la decisión de cambio de manera unilateral por el empresario, se tambalea el elemento de la voluntariedad como nota que configura la relación laboral. En estos casos, el trabajador que ingresó en su puesto de trabajo realizando unas funciones que le llevaron voluntariamente a aceptar las condiciones laborales de ese puesto, ahora deja de existir como tal, y es por ello, por lo que se requiere un procedimiento especial para llevar a cabo el cambio, y se le dan unas opciones al trabajador con posibilidad de rescindir el contrato de trabajo con derecho a indemnización o la posibilidad de impugnar la decisión del empresario ante la jurisdicción social (art. 41.3 ET). A continuación se presenta un cuadro que puede clarificar las opciones del empresario y del trabajador para designar y aceptar la designación.

⁷⁶² Hay autores que consideran que el cambio de funciones donde un trabajador pasa a ser trabajador designado es una movilidad funcional simple a través de la cual se ejerce el poder de dirección del empresario: SEMPERE NAVARRO, A. V., *Aspectos jurídicos del Reglamento de Prevención de Riesgos Laborales*, op. Cit., (versión electrónica); SALA FRANCO, T. y ARNAU NAVARRO, F., *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, pp. 122-123; DIAZ MOLINER, R., *Derecho de prevención de riesgos laborales*, op. Cit., pp. 67; IGARTÚA MIRÓ, M^a T., *Manual del Servicio de Prevención*, op. cit., pp. 61; Por otro lado, a favor de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo: GARATE CASTRO, J., *Organización de la prevención mediante la designación de uno o varios trabajadores*, op. Cit., (versión electrónica). RODRIGUEZ PASTOR, G., *La designación de uno o varios trabajadores de la empresa*, op. Cit., pp. 32-35; GARRIGUEZ GIMÉNEZ, A., *La organización de la prevención en la empresa*, op. cit., pp. 284-285.



3.4.3 Extinción de la modalidad organizativa y extinción del contrato de trabajo

La problemática se agudiza en sentido contrario, esto es, cuando el trabajador que tenía un vínculo laboral con la empresa, pasa a ser trabajador designado, a tiempo parcial o a tiempo completo, y después la empresa decide realizar un cambio en la modalidad organizativa de prevención de la empresa, y por tanto, extinguir el contrato de trabajo. Algo perfectamente posible por cuanto la designación de trabajadores, como se ha dicho, no se configura realmente en la norma como obligatoria. Resulta necesario volver a traer a colación la STS de 4 de octubre de 2000 (R°. 4098/1999, Sala de lo social) a la que ya se hizo referencia en el estudio del SPP. En esta sentencia se deja asentado que se puede proceder al despido por causas objetivas organizativas cuando la empresa, que tenía sus propios trabajadores desarrollando actividades preventivas (en este caso el Médico de la empresa realizaba las actividades de vigilancia de la salud), procede a concertar los servicios con una entidad externa acreditada siempre que se cubra todo el campo de actuación que el recurso propio viniera desarrollando en la empresa (en este caso todas las actividades que el médico desenvolvía dentro del servicio médico empresarial en el que estaba integrado pasan a realizarse por la Mutua que la empresa contrata).

Sobre este aspecto resulta necesario hacer hincapié sobre una de las argumentaciones que utiliza el Tribunal cuando analiza este caso. En su fundamento jurídico quinto establece que la exteriorización de la actividad preventiva se configura como una facultad del empresario que quedaría vacía de contenido si no se permitiera el desplazamiento de todos los servicios que viniera prestando el médico de la empresa. Así pues, lo mismo que sucede con el médico de empresa en el caso analizado, ocurriría con un trabajador designado, donde parece primar la facultad del empresario de cambiar el modelo organizativo, justificando las extinciones de contratos.

La cuestión se podría complicar si se lleva a cabo una modificación sustancial de condiciones de trabajo y se pasa a un trabajador que fue contratado para realizar otras funciones, a trabajador designado de forma exclusiva, para después cambiar de modalidad organizativa y proceder a la extinción del contrato. Nada parece impedir esta situación si hay causa justificativa de tal decisión empresarial, y siempre y cuando no se haya utilizado esta posibilidad con la finalidad oculta de lograr un despido que de otra manera no se hubiera podido hacer⁷⁶³. Sin embargo, si el trabajador designado no dejara de desarrollar las funciones laborales para las que fue contratado de forma que hubiera sido designado pero de manera parcial, si se produce un cambio de modalidad organizativa en este caso, el trabajador no podría ser despedido por causas organizativas, sino que la causa organizativa validaría una nueva modificación sustancial de las condiciones de trabajo (salvo que hubiera un acuerdo con entre empresario y trabajador), ya que se eliminarían sus funciones preventivas quedando activas las funciones productivas. En estos casos, lo que se produciría es una reposición a la situación anterior que tenía el trabajador, esto es al momento anterior al que fue nombrado trabajador designado⁷⁶⁴.

3.4.4 Las nuevas condiciones laborales del trabajador designado

Algunas de las cuestiones que más dudas pueden suscitar con el cambio de funciones o la asignación de nuevas funciones a los trabajadores, ahora designados, giran en torno a las nuevas condiciones laborales y retributivas de éstos, ya se hagan cargo total o parcialmente de las actividades preventivas⁷⁶⁵. Como no podía ser de otra manera, no se ha encontrado al respecto ningún tipo de regulación ni en la LPRL, ni en RSP, ni en ninguna otra normativa de prevención que aplique las previsiones contenidas en el art. 30 LPRL. Tampoco los convenios colectivos, aunque son llamados a hacerlo,

⁷⁶³ Se trataría del uso de la mala fe por parte de la empresa. Algo parecido, aunque no exactamente igual, sucede en la STSJ de Murcia, de 17 de julio de 2006 (R°. 767/2006, sala de lo social)

⁷⁶⁴ No hay que olvidar que no se podría pasar a este trabajador a tener un contrato a tiempo parcial en caso de que tuviera un contrato a jornada completa. Por vía de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo no se puede producir este cambio: art. 12.4 e) ET.

⁷⁶⁵ Ya se quedaron apuntadas estas cuestiones sin solución en SALA FRANCO, T., *Los sistemas de prevención en las empresas*, Revista Alcor de MGO, núm. 4, 2005, pp. 12.

recogen ningún tipo de regulación sobre las condiciones laborales de los trabajadores designados, por lo que habrá que remitirse a la legislación general aplicable.

El establecimiento de la figura del técnico de prevención (en cualquiera de sus niveles) y de las funciones de prevención en el sistema de clasificación profesional de las empresas sería una buena solución a cualquier tipo de cuestión que se pueda suscitar, no sólo respecto de la movilidad funcional o modificación sustancial de las condiciones de trabajo, sino para la determinación de la retribución de tales funciones, de la jornada, el horario y el tiempo de dedicación, las obligaciones que conllevan esas funciones y, por tanto, las futuras responsabilidades. Todas ellas, son cuestiones que se pueden establecer mediante acuerdos individuales, sin embargo, la determinación a través de la negociación colectiva permitiría una mayor seguridad jurídica y una mejora de las condiciones de los trabajadores designados.

Al respecto de la retribución de las funciones preventivas, resulta necesario hacer alusión al Criterio de la ITSS núm. 83/2010 ya que es la única apreciación que se ha encontrado sobre esta cuestión. El Criterio se ha encargado de establecer la necesaria correlación entre la asignación de nuevas funciones y la correspondiente contraprestación. Además, alude a la posibilidad de acudir a los Tribunales de lo Social en el caso de que no se llegue a un acuerdo con el empresario sobre la manera de retribuir las nuevas funciones que este trabajador tiene que desempeñar. No hay que olvidar que este nuevo puesto de trabajo, o el desarrollo de determinadas funciones preventivas, colocan al trabajador en una posición en la empresa diferente, convirtiéndose en un instrumento del empresario para cumplir con la obligación de seguridad y salud y concretamente con la de tener una organización preventiva, lo que a su vez le convierte en un sujeto con ciertas obligaciones y por tanto, en un sujeto responsable. Con carácter urgente, ésta debe ser una de las cuestiones que se prioricen en las futuras negociaciones de los convenios colectivos, sean estos sectoriales o sean convenios de empresa.

3.5. Facilidades que la empresa debe conceder para un eficaz cumplimiento de las funciones preventivas

Para el ejercicio de las funciones preventivas el trabajador designado cuenta con una serie de derechos orientados al ejercicio eficaz de su función y al pacífico desarrollo de la misma. La norma, al contrario de lo que sucedía con la determinación de quiénes son trabajadores designados y de su suficiencia numérica, establece algunas referencias acerca de lo que debe ponerse a disposición de este tipo de técnicos encargados de la prevención. Así, el art. 30.3 LPRL establece que, para la realización de la actividad preventiva, el empresario debe facilitar a los trabajadores designados el acceso a la información y a la documentación establecida en los arts. 18 y 23 de la

propia Ley, y el art. 30.2 LPRL, establece que, para que el trabajador designado desarrolle las funciones preventivas, el empresario le deberá proporcionar los medios precisos, cuestión a la que ya se hizo referencia como requisito colectivo para designar trabajadores.

3.5.1 Disposición de la información y documentación necesaria

Los trabajadores designados tendrán acceso a toda la información y documentación que ellos mismos no realicen o proporcionen, ya provenga de las otras modalidades organizativas con las que conviven (en ejercicio de una adecuada colaboración entre ellas), ya sea cualquier información y documentación que pueden afectarles en el ejercicio de sus funciones⁷⁶⁶. Por ello, tendrán derecho a los resultados obtenidos de la auditoría realizada; a la información sobre la incorporación a la empresa de nuevas contrataciones ya sean indefinidas, temporales, o trabajadores cedidos por una ETT (art. 28 LPRL); y, también tendrán que conocer la existencia de empresas subcontratadas que desarrollen servicios en el centro de trabajo, así como el envío de trabajadores a centros de trabajo de otras empresas. En estos casos, tendrán que conocer la existencia de estos procesos de subcontratación, y esto con independencia de que también sean nombrados recursos preventivos y encargados de la coordinación.

El acceso a la información y documentación hay que ponerlo necesariamente en conexión con el deber de sigilo establecido expresamente en el art. 30.4 *in fine* LPRL, que se analizará posteriormente, en el apartado de las obligaciones del trabajador designado.

3.5.2 La importancia de la protección de datos en la información y documentación de vigilancia de la salud.

Los trabajadores tienen reconocido el derecho fundamental a que se respete su intimidad personal en el seno de las empresas para las que prestan servicios. Pero el empresario tiene ciertas facultades de control sobre sus trabajadores. De esta forma, ambos derechos quedan ciertamente limitados, siendo el más problemático el derecho a la intimidad. Hay que partir de la base de que los derechos fundamentales no son absolutos sino que están sujetos a limitaciones en su ejercicio, pudiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que aquél haya de experimentar se revele como necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido

⁷⁶⁶ VIÑAS ARMADA, J. M., “La organización de la prevención de riesgos laborales dentro de la empresa”, en VIDA SORIA, J., y VIÑAS ARMADA, J. M. (coords.), *Manual par la formación en prevención de riesgos laborales: nivel básico*, Valladolid, Lex Nova, 2001, pp. 181.

esencial del derecho⁷⁶⁷. Y esto es precisamente lo que sucede en relación con la vigilancia de la salud de los trabajadores y el derecho a conocer las informaciones que se derivan de esa vigilancia por parte del empresario o de los trabajadores técnicos de prevención que tienen que tomar medidas preventivas y decisiones que afectan a la salud de los trabajadores⁷⁶⁸.

En relación con la vigilancia de la salud, hay que partir de la base de que los trabajadores designados deben acceder a las conclusiones a las que se lleguen con los reconocimientos médicos de los trabajadores (art. 22.4 LPRL), así como a los informes generales que se realicen en torno a las cuestiones relacionadas con la salud de los trabajadores (vigilancia de la salud colectiva). En relación con los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales que se hayan producido, deberán tener conocimiento al menos de aquellas incapacidades temporales superiores a un día ampliándose en algunos casos la información en función de los riesgos. Es el caso, por ejemplo, del art. 9.4 del RD 664/1997, de 12 de mayo, de protección de los trabajadores a la exposición de riesgos biológicos, o del art. 9.4 de RD 665/1997, de 12 de mayo, de protección de los trabajadores a la exposición de agentes cancerígenos, donde se debe tener acceso a la lista de trabajadores que están expuestos a tales riesgos, indicando el tipo de trabajo realizado y el registro de exposiciones, accidentes e incidentes. Además, deberán tener conocimiento del tipo de reconocimientos médicos que se llevan a cabo en función de los puestos de trabajo, las pruebas que se van a realizar a los trabajadores, así como la determinación del carácter voluntario u obligatorio de esos reconocimientos.

No obstante, a veces resulta complicado que los trabajadores designados sólo conozcan el informe final de aptitud o no aptitud del trabajador, fundamentalmente cuando es necesario tomar medidas preventivas concretas en función de la situación de salud del trabajador. Y ello porque el especialista en medicina del trabajo no puede tomar la decisión sobre las medidas de seguridad sin la colaboración del trabajador designado, y éste no puede actuar sin la ayuda del especialista médico y sin conocer las razones que le tienen que llevar a tomar determinadas medidas. Por contraposición, habrá que tener en cuenta que el trabajador designado será compañero de trabajo del afectado, por lo que el derecho a la intimidad debe quedar completamente protegido, y siempre a salvo de que el propio trabajador, voluntariamente, permita el acceso a las informaciones y datos a los trabajadores designados.

⁷⁶⁷ STC 98/2000, de 10 de abril y STC 186/2000, de 10 de julio.

⁷⁶⁸ASENJO PINILLA, J. L., *Los derechos a la intimidad, al secreto de las comunicaciones y a la protección de datos, en el marco del contrato de trabajo*, Revista de Jurisprudencia, núm. 1, 2013, (versión electrónica)

A) Vigilancia de la Salud, protección de datos y organización de la prevención

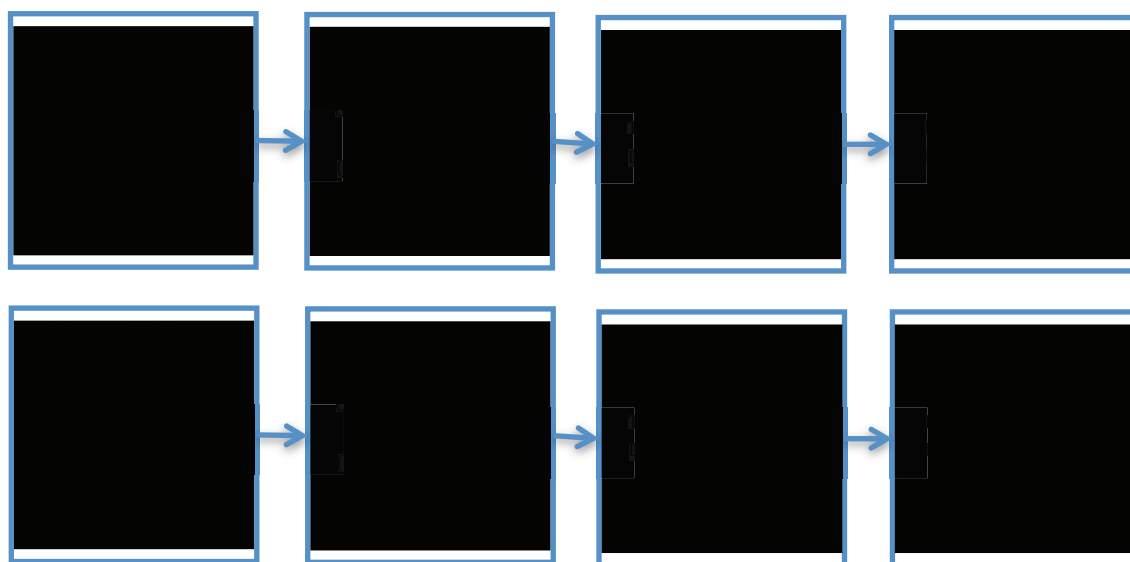
En este punto, es necesario hacer un inciso para poner en relación la vigilancia de la salud, la protección de datos y la organización de la prevención, para después centrar la cuestión en el trabajador designado. Para comprender cómo debe llevarse a cabo el tratamiento de los datos de los trabajadores en esta materia hay que poner en conexión y aplicar conjuntamente la LPRL y la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre de Protección de Datos (LOPD) y su Reglamento de desarrollo (RD 1720/2007, de 21 de diciembre)

Conforme a lo que indica el art. 6.2 LOPD, el tratamiento de los datos personales en materia de prevención de riesgos se encuentra legitimado por la existencia de una relación contractual cuyo cumplimiento, desarrollo y control lo hace necesario. Sin embargo, conviene matizar la regulación del tratamiento de los datos y su aplicación en cuanto a la vigilancia de la salud. Esta cuestión plantea problemas específicos por afectar a datos sensibles en los reconocimientos (datos sobre la salud) y por los flujos de información que se producen hacia terceros, incluido el propio empresario. La regulación básica se encuentra en el art. 22 LPRL que ha de conectarse con el régimen de protección de datos personales en la medida en que los resultados de los reconocimientos han de ser objeto de tratamiento (formación de historias clínicas en relación con los resultados de la vigilancia de la salud art. 37.3 c) RD 39/1997 (RSP)). Por su parte la LOPD considera los datos de salud como especialmente protegidos y, por tanto, como datos que necesitan el consentimiento de la persona para su tratamiento y difusión, rigiendo, por su parte, en el ámbito laboral el principio de consentimiento por previsión específica de la norma laboral (art. 22 LPRL). Además, la restricción de estas informaciones está garantizada por la confidencialidad, tanto que el empresario sólo tiene acceso a las conclusiones en los limitados términos establecidos en el art. 22.4. LPRL⁷⁶⁹. La STC 196/2004, de 15 de noviembre, importante en esta materia, viene a limitar de forma estricta el uso de los reconocimientos médicos en la línea de los arts. 4.2 de la LOPD y 22.4 de la LPRL⁷⁷⁰. Así pues, los reconocimientos médicos, y el tratamiento subsiguiente de los datos derivados de ellos, están afectados a la finalidad que los justifica, tanto si se parte de la finalidad para la que se prestó el consentimiento, como si se tiene en cuenta la que justificó su práctica obligatoria.

⁷⁶⁹ El precepto prevé que “el empresario y las personas u órganos con responsabilidades en materia de prevención serán informados de las conclusiones que se deriven de los reconocimientos efectuados en relación con la aptitud del trabajador para el desempeño del puesto de trabajo o con la necesidad de introducir o mejorar las medidas de protección y prevención, a fin de que puedan desarrollar correctamente sus funciones en materia preventiva”.

⁷⁷⁰ En el mismo sentido, pueden citarse las SSTC 70/2009, de 23 de marzo y 159/2009, de 29 de junio sobre los límites a la circulación de este tipo de informaciones

Los reconocimientos médicos derivados de la aplicación de la vigilancia de la salud en las empresas son voluntarios para el trabajador. Ahora bien, una vez prestado el consentimiento para la realización de tales controles médicos, no será necesario un nuevo consentimiento para el tratamiento de los datos, sino que se entiende autorizado directamente por la Ley⁷⁷¹. Pero la voluntariedad de los reconocimientos encuentran su excepción en la propia normativa de prevención (art. 22.1 LPRL) que establece una serie de supuestos en los que no es necesario el consentimiento para su realización, pasando de ser voluntarios a ser obligatorios. Al mismo tiempo, el art. 7.6 de la LOPD dispensa el consentimiento para el tratamiento de los datos de salud cuando “*dicho tratamiento resulte necesario para la prevención o para el diagnóstico médicos, la prestación de asistencia sanitaria o tratamientos médicos o la gestión de servicios sanitarios, siempre que dicho tratamiento de datos se realice por un profesional sanitario sujeto al secreto profesional o por otra persona sujeta asimismo a una obligación equivalente de secreto*”. En definitiva, cuando se trata de reconocimientos voluntarios, en los que hay consentimiento, o cuando se trata de reconocimientos obligatorios, se produce el consentimiento implícito para el tratamiento de los datos. No obstante, y en todo caso, sean reconocimientos voluntarios o sean obligatorios, sí que es necesario informar al trabajador acerca del tratamiento, según lo establecido en el art. 5 LOPD. En este sentido, será preciso proporcionar al trabajador un documento informativo sobre el tratamiento de los datos de la salud (Informe Jurídico de la Agencia Española de Protección de Datos 0648/2008)⁷⁷².



⁷⁷¹ MUÑOZ RUIZ, A. B., y MORENO SOLANA, A., *La prevención de riesgos laborales y la protección de datos de carácter personal. El caso de la empresa “Air Spain”*, Información laboral, núm. 4, 2014, pp. 162-163.

⁷⁷² Informe jurídico 0648/2008 de la AEPD. La obtención de datos por el servicio de prevención se justifica por el art. 6.2 LOPD. Pero debe relacionarse con el art. 22 LPRL, conforme al cual es necesario el consentimiento del trabajador con carácter general, salvo que concurra alguna de las excepciones legales.

Ahora bien, una cosa es el tratamiento de los datos de salud por parte de los responsables de la vigilancia de la salud, y otra diferente es la necesidad de consentimiento y tratamiento de los datos por parte de otros miembros de los servicios de prevención o por parte de los trabajadores designados que no sean especialistas en medicina o enfermería del trabajo. Así que la cuestión en este caso radica en determinar si los sujetos que forman parte de la organización preventiva interna de la empresa, es decir, los técnicos de prevención como recursos propios, pueden acceder a toda la información relativa a los datos de salud de los trabajadores de la empresa, en aras al correcto cumplimiento de sus funciones. En el siguiente apartado se intentará dar solución a esta cuestión.

B) El trabajador designado como encargado del tratamiento de los datos

Cuando el empresario recurra a un trabajador designado, éste, que deberá ser considerado como un asimilado a encargado del tratamiento de los datos, deberá poder acceder a los datos de los trabajadores para el cumplimiento del servicio o fin que el responsable de los datos le encomienda en virtud del contrato de trabajo (art. 12 LOPD). En primer lugar, es necesario diferenciar entre responsable de los datos y encargado del tratamiento de los datos. Sin entrar en grandes disquisiciones, porque no es el objeto central de este trabajo, el responsable de los datos es la persona física o jurídica que tiene el control sobre el tratamiento de los datos, es decir, toma decisiones acerca de qué hacer con los datos desde que entran a formar parte de su sistema de información hasta su completa eliminación. El encargado del tratamiento, es la persona física o jurídica que trata los datos personales por cuenta del responsable como consecuencia de la existencia de una relación jurídica de prestación de servicios que le vincula al responsable. Por tanto, el encargado del tratamiento sólo puede acceder a los datos cuando se entienda necesario para el cumplimiento de un servicio que el responsable de los datos le encomienda. En estos casos, el encargado solo puede usar los datos para el fin requerido y no pueden ser comunicados a terceros. Pero para todo ello no se requiere el consentimiento de los titulares de los datos que se están tratando. Así pues, respecto de los datos de los trabajadores, el empresario será calificado como responsable y los trabajadores designados bien podrían ser encargados del tratamiento de los datos. Para que este acceso a los datos por parte del trabajador designado sea el admitido por el art. 12 LOPD será necesario que: los datos sean comunicados a un tercero que ha de cumplir un servicio que le ha encargado el responsable del tratamiento, no requiriéndose el consentimiento del afectado; se exige un contrato de prestación de servicios, o cualquier otra forma que acredite el encargo entre la persona responsable del tratamiento y el tercero autorizado (encargado del tratamiento), entendiendo que el contrato de trabajo puede ser una forma adecuada para llevar a cabo el encargo; y, por último, la existencia del mero

contrato será insuficiente si en el mismo no se especifica las instrucciones de uso de los datos que ha de seguir el encargado del tratamiento.

El trabajador designado puede actuar, por tanto, como encargado del tratamiento de los datos que tiene el responsable de los mismos, en este caso, el empresario. Así pues, el trabajador designado sólo accederá a los datos que en materia de vigilancia de la salud tenga el empresario, partiendo del hecho de que las empresas deben ser informadas sólo de las conclusiones que se deriven de los reconocimientos efectuados en relación con la aptitud del trabajador para el desempeño del puesto de trabajo. Por su parte, la declaración de aptitud del trabajador para el desempeño de un puesto de trabajo realizada por una empresa externa al empresario cliente que ha contratado los servicios del trabajador evaluado sería un supuesto de cesión de datos de carácter personal⁷⁷³.

Por tanto, el trabajador designado solo deberá ser informado de las conclusiones de los reconocimientos médicos de los trabajadores. Sin embargo hay que tener en cuenta la especial posición que ocupa este trabajador como técnico de prevención (al igual que ocurriría con los técnicos del SPP e incluso con los del SPA), en cuanto que se trata de trabajadores que tienen funciones específicas de prevención para las que, a veces, el conocimiento de alguna cuestión, más allá de si el trabajador es apto o no, es absolutamente necesaria.

Cuando el trabajador presta su consentimiento para el conocimiento de los datos de salud a estos efectos, no se plantea ningún problema, porque el profesional de la prevención podrá acceder a los datos de salud necesarios. Pero cuando no se produce este consentimiento la cuestión cambia. La AEPD parece bastante rotunda en la inadmisión de tal posibilidad, salvo para el caso del médico de empresa. Sin embargo, para la adecuación realización de las funciones de prevención, para una correcta evaluación de puestos de trabajo, de adaptación del puesto de trabajo, o el cambio del puesto en los casos en los que, por ejemplo, el trabajador sea declarado especialmente sensible, es necesario tener más conocimientos sobre las causas que dan lugar al

⁷⁷³ Pero realizado el reconocimiento por el servicio de prevención, la cesión de los datos se rige por el art. 22.4 LPRL en relación con el art. 7 LOPD. De esta forma, se concluye que “una vez efectuadas las acciones de vigilancia de la salud, el acceso y tratamiento de los datos de carácter personal relacionados con la práctica de los reconocimientos podrá realizarse sin consentimiento del interesado por el personal médico que realiza aquéllos, pudiendo además ser objeto de comunicación a las autoridades sanitarias”. “El empresario únicamente podrá conocer y tratar el dato de salud referido a la aptitud del trabajador para el desempeño de un determinado puesto de trabajo, resultando contrario a la Ley el tratamiento, e incluso el mero conocimiento, de cualquier otra información relacionada con las acciones de vigilancia de la salud del trabajador”. “En los restantes supuestos, la cesión de los datos quedará vedada salvo que el trabajador así lo consienta expresamente, limitación que también será aplicable al acceso a los datos por cualquier persona al servicio del empresario distinta al personal médico cuando nos encontremos ante un servicio de prevención propio”.

estado del trabajador de forma que se tomen las medidas preventivas más adecuadas. Esto es así en la medida en que el trabajador designado deberá llevar a cabo sus actuaciones sobre la base de un conocimiento completo de lo que realmente sucede en materia preventiva.

Varias son las vías jurídicas con las que justificar el acceso a los datos de vigilancia de la salud por parte de los técnicos de prevención. La primera opción es acudir a la propia LOPD cuyo art. 6.2 establece que no será necesario el consentimiento cuando el tratamiento de los datos tenga por finalidad proteger un interés vital del interesado, es decir, en aquellos casos que se tengan que tratar los datos de salud cuando dicho tratamiento resulte necesario para la prevención o diagnóstico médico. A ello habría que añadir que no es necesario que los profesionales de la prevención accedan todo el historial médico y al conjunto de pruebas clínicas que se le hubieran practicado al trabajador, sino que solo se recogerán los datos adecuados y pertinentes a la finalidad perseguida. Por tanto, resulta conveniente que no sólo el médico tenga acceso a los datos de salud, sino que los técnicos de prevención, cuando sea necesario y de forma limitada, tengan acceso al conocimiento de las causas para poder evaluar el puesto y aplicar las medidas adecuadas.

La segunda opción, pasaría por justificar también que no es necesario el consentimiento del trabajador para el acceso y uso de los datos, teniendo en cuenta el art. 7.6 LOPD que establece tal posibilidad cuando el tratamiento de los datos resulte necesario para la prevención o para el diagnóstico médicos, la prestación de asistencia sanitaria o tratamientos médicos, o para la gestión de servicios sanitarios, siempre que dicho tratamiento de datos se realice por un profesional sanitario sujeto al secreto profesional o por otra persona sujeta asimismo a una obligación equivalente de secreto. Es necesario recordar a este efecto que una de las obligaciones que tiene el trabajador designado y los técnicos de prevención de los servicios de prevención propios establecido como tal en el art. 30.4 *in fine* LPRL, es deber de sigilo que tendrán que guardar sobre la información relativa a la empresa a la que tuvieran acceso como consecuencia del desempeño de sus funciones. Deber de sigilo que se analizará como obligación del trabajador designado en los siguientes epígrafes.

Por último, también hay que traer a colación alguna manifestación de la AEPD que podría servir para justificar esta posición. En este caso, se trata de lo que se ha establecido respecto de los delegados de prevención, pero cuya lógica podría ser extrapolable a la situación aquí descrita. Los delegados de prevención pueden acceder a los datos personales relacionados con los daños en la salud de los trabajadores en el marco de la relación laboral, con la única finalidad de control que le atribuye la LPRL, y limitada a los datos estrictamente necesarios que en este supuesto se corresponderían con la gravedad del daño y la naturaleza del mismo. En este sentido, y en aras a garantizar la confidencialidad, la comunicación de los datos sobre los daños

producidos no deberá hacerse extensiva a todo el historial médico⁷⁷⁴. Es cierto que, en este caso, se está pensando en daños producidos en el ámbito de la relación laboral, y, en el caso que aquí se trata, se está pensando en los datos del trabajador sobre su salud que sean necesarios para el correcto desarrollo y aplicación de las medidas preventivas. Sin embargo, puede compartirse la lógica de la AEPD cuando entiende que los delegados de prevención, para cumplir con sus funciones y sólo con esa finalidad, podrán acceder a determinados datos; cosa que, de otra manera y por aplicación de la LOPD, no podrían hacer.

3.6. Las garantías del trabajador designado como instrumentos necesarios para el adecuado cumplimiento de sus funciones preventivas

Junto a lo que se ha denominado “facilidades a conceder a los trabajadores designados”, que no son más que facultades reconocidas para favorecer el ejercicio de la función preventiva, los trabajadores designados también son titulares de una serie de derechos, ahora orientados a permitir el ejercicio pacífico de esa función; de aquí que se las califique como “garantías de los trabajadores designados”. Estas garantías cumplen la función de proteger al trabajador designado a la par que permitir su independencia frente al empresario, algo particularmente necesario en la medida en que, debido a su vínculo laboral con la empresa a la que asesoran pueden encontrarse en una situación complicada consecuencia del conflicto que puede surgir entre la obediencia debida como trabajador y el deber de cumplimiento correcto de las obligaciones de prevención de riesgos laborales, lo que puede llegar a confrontarse con los deseos o intereses del empresario.⁷⁷⁵

Por esta razón, el art. 30.4 LPRL establece como premisa general que los trabajadores designados no deben sufrir perjuicios como consecuencia de las actividades prevención que realicen; y ello con un doble objetivo: el primero, dejar claro que la seguridad y salud de los trabajadores queda por encima de cualesquiera otros intereses y, el segundo, proteger al trabajador designado frente a cualquier acción de represalia del empresario que pretenda perjudicarlo laboralmente como consecuencia del desarrollo adecuado de sus obligaciones preventivas.⁷⁷⁶ Como contenido de esta general garantía, la Ley establece una serie de garantías específicas recurriendo a una equiparación de los trabajadores designados con los representantes de los trabajadores, como lo hace la LPRL (art. 30.4) al remitirse a las garantías del art. 68 a), b) y c) y del

⁷⁷⁴ Informe Jurídico 655/2008 de la Agencia Española de Protección de Datos.

⁷⁷⁵ STSJ de Asturias, de 26 de julio de 2013 (Rº. 1058/2013)

⁷⁷⁶ SEMPERE NAVARRO, A.V.; GARCIA BLASCO, M.; GONZALEZ LABRADA, M.; CARDENAL CARRO, M., *Derecho de la seguridad y salud en el trabajo*, Madrid, Civitas, 3ª. Ed. , 2001, pp. 262-263; CORDERO SAAVEEDRA, L., Las garantías y responsabilidades de los técnicos de prevención de riesgos laborales, Aranzadi Social, núm. 5, Vol. V, 1998 (versión electrónica).

art. 56.4 ET⁷⁷⁷. Antes de analizar cada una de estas garantías y su aplicación desde la perspectiva de la tutela de la modalidad preventiva del trabajador designado, es conveniente hacer una referencia general a las cuestiones que pueden plantearse.

3.6.1 Cuestiones generales sobre las garantías aplicables a los trabajadores designados

Las garantías reguladas en la norma para los técnicos de prevención (en la modalidad de trabajadores designados o de servicios de prevención propios), generan una problemática que hay que tener en cuenta. En primer lugar, y siguiendo la directrices del art. 68 ET, las garantías pueden ser completadas y ampliadas a través de la autonomía colectiva, ya que se trata de un precepto de derecho necesario relativo⁷⁷⁸. La segunda de las cuestiones gira en torno a las garantías que se reconocen a los representantes de los trabajadores pero no a los trabajadores designados, destacando, por una parte, las garantías del art. 68 ET que no se han contemplado en el art. 30.4 LPRL y, por otra parte, el hecho de que no hay alusión alguna a la protección otorgada a los representantes de los trabajadores en el art. 40.5 ET respecto a la prioridad de permanencia en el puesto de trabajo en los casos de movilidad geográfica. En principio, tiene cierta lógica que se haya producido esta exclusión de garantías respecto de los trabajadores designados, fundamentalmente porque se trata de beneficios que difícilmente les serían aplicables, ni tiene sentido que lo sean.

Así, por ejemplo, no se aplica la garantía de libertad de expresión porque hay que partir de la base de que el prevencionista ni siquiera tiene derecho a acceder a toda la información laboral que atañe a los trabajadores y que sí debe proporcionarse a los representantes. Por el contrario, accede sencillamente a la que es relevante exclusivamente a efectos de su función de prevención, información que además queda condicionada al deber de sigilo profesional que le impone el mismo art. 30.3 LPRL. Los trabajadores designados (al igual que el resto de los técnicos de prevención), son instrumentos del empresario para el cumplimiento de sus obligaciones. Por ello, los trabajadores designados deberán dar las informaciones pertinentes al empresario, a las autoridades laborales u otras autoridades públicas que les requieran, a los representantes de los trabajadores y a los propios trabajadores cuando sea necesario.

⁷⁷⁷ PÉREZ CAMPOS, A. I., y SEMPERE NAVARRO. A.V., *Las Garantías de los Representantes de los Trabajadores (Estudio del artículo 68 ET)*, Navarra, Editorial Aranzadi, 2004, CABEZA PEREIRO. J., “Garantías de los representantes de los trabajadores”, en BAYOS GRAU, A.; FLORENCIO THOMÉ, C. y GARCÍA SCHWARZ, R., (Coords.), *Diccionario internacional de derecho del trabajo y de la seguridad social*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 979-984

⁷⁷⁸ Pese a la poco acertada redacción del precepto, no hay que dejar de lado que se trata de un derecho necesario relativo LOPEZ TAMÉS IGLESIAS, R., “Comentario al art. 68 del Estatuto de los Trabajadores”, en CRUZ VILLALÓN, J. (dir.), (et al.), *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Valladolid, Lex Nova, Thomson-Reuters, 2014, 3ª ed., pp. 791.

En consecuencia, más que de libertad de expresión, se trata de un deber de información impuesto por la propia ley⁷⁷⁹.

Por lo que se refiere al crédito horario, los trabajadores designados no necesitan un crédito horario entendido en el mismo sentido del tiempo del que deben disponer los representantes de los trabajadores para sus tareas de representación ya que los que se dediquen de forma exclusiva a las tareas de prevención, dispondrán de toda su jornada para llevarlas a cabo, mientras que los que se dediquen de forma parcial deberán disponer del tiempo suficiente, medido en la forma que ya se ha abordado antes. El problema no está en establecer que los trabajadores designados necesitan tiempo para hacer las tareas de prevención, sino en determinar qué se considera tiempo suficiente, tanto si es un trabajador que se dedica de forma exclusiva, porque habrá que establecer la jornada a tiempo completo o a tiempo parcial del trabajador designado, como si es dentro de la propia jornada del trabajador que no se dedica de manera exclusiva a tareas de prevención. Quizás pudiera recurrirse, a modo de orientación, al tiempo establecido en el art. 68, a) ET como una forma de fijar el número de horas que un trabajador designado debe dedicar a las tareas de prevención en función del número de trabajadores. Pero se trata de un criterio poco eficiente ya que, en realidad, lo que determina el tiempo de dedicación necesario, está condicionado por criterios preventivos, de peligrosidad de la actividad, por los riesgos de la empresa y su distribución; lo que introduce referencias que poco o nada tienen que ver con el tiempo de dedicación a las tareas representativas. En todo caso, la disponibilidad del tiempo necesario no se puede tratar como una garantía ya que, para los trabajadores designados, disponer de tiempo en entidad suficiente debe ser considerado como una exigencia legal determinada por la función a desempeñar.

Tampoco parece adecuado que se aplique la garantía de prioridad de permanencia al trabajador designado ante supuestos de movilidad geográfica. Y no parece razonable aplicar esta prioridad por cuanto las labores de prevención de riesgos deberán llevarse a cabo independientemente de que haya una circunstancia económica, técnica, organizativa o de producción que haga necesario el traslado. El trabajador designado deberá permanecer o estar en el centro o centros de trabajo para los cuales haya sido designado. Cuestión diferente será que haya que mover geográficamente a los técnicos de prevención a otro centro, bien porque desaparezca el centro donde prestaban servicios, bien porque haya una razón de seguridad y salud que haga necesaria tal movilidad. Pero, en un caso y en otro, el trabajador designado deberá acatar el cambio de centro de trabajo no pudiendo evitarlo ninguna prioridad de permanencia; primero porque no existe y, segundo, porque resultaría de todo punto inviable⁷⁸⁰.

⁷⁷⁹ GONZÁLEZ ORTEGA, S., *La organización de la prevención por el empresario: los servicios de prevención*, op. cit., pp. 34.

⁷⁸⁰ De opinión contraria GÁRATE CASTRO, J., *Organización de la prevención mediante la designación de uno o varios trabajadores*, op. cit., (versión electrónica).

Más problemático puede ser el supuesto en el que trabajador designado compatibiliza sus funciones preventivas con otro trabajo u otras funciones dentro de la misma empresa. Cuando los trabajadores realizan las funciones preventivas de forma exclusiva se pueden exigir las garantías previstas para los representantes sin más limitación que el hecho de que se aplican cuando la reacción del empresario se refiera a alguna de las actuaciones de prevención de riesgos, cuestión que será, posiblemente, de fácil identificación porque el trabajador designado solo realiza este tipo de actividades. Pero cuando el trabajador lleva a cabo tareas preventivas de forma parcial en la empresa es más complicado probar que el empresario ha actuado frente al trabajador a causa de la realización de alguna actividad de prevención que sea incómoda para el empresario, ya que este aplicará su poder de dirección al trabajador, no como prevencionista sino como trabajador ordinario. Así que se puede decir que las garantías previstas pueden resultar de cierta utilidad respecto de los trabajadores designados con dedicación exclusiva o para los técnicos del servicio de prevención propio, pero no tanto para los trabajadores que compatibilizan su trabajo con las tareas preventivas.

Además, como a continuación se verá, cada una de las garantías de los representantes de los trabajadores no resultan todo lo aplicables que la norma pretendió que fueran cuando decidió extenderlas a los trabajadores designados. Seguramente hubiera sido más adecuado haber establecido unas garantías específicas para los trabajadores designados y no aplicar sin más las previstas para los representantes de los trabajadores ya que no son sujetos equiparables, o al menos, en esta cuestión, la equiparación es ciertamente forzada. En este sentido, la doctrina se encuentra dividida. Hay quienes entienden que se trata de una regulación claramente insuficiente que no protege el fin para el que se estableció⁷⁸¹; mientras que una opinión contraria considera que las garantías, simplemente, no deberían existir⁷⁸²; y, por último, hay otra parte de la doctrina que entiende la necesidad de su existencia, pero critican la fórmula usada por la LPRL⁷⁸³.

⁷⁸¹ DIAZ MOLINER, R., *Derecho de prevención de riesgos laborales*, op. Cit., pp. 74.

⁷⁸² FERNÁNDEZ MARCOS, L., “Comentario al art. 30 LPRL”, en IGLESIAS CABERO, M. (coord.), *Comentarios a la Ley de prevención de riesgos Laborales*, Navarra, Thomson Civitas, 1997, 2ª. Ed, pp. 203-207. Entiende que extender las garantías es excesivo por cuanto “los trabajadores designados y componentes del servicio de prevención propio actúan en nombre y por cuenta del empresario y constituyen el necesario medio instrumental de éste, para cumplir sus obligaciones empresariales en materia de prevención de riesgos laborales”. En la misma idea DE VICENTE PACHÉS, F. Y GALA FERNANDEZ, J. A., “Servicios de prevención”, en GARCÍA NINET, J. I., Y GARRIGUES GIMÉNEZ, A., *Lecciones sobre la Ley de prevención de riesgos laborales*, Valencia, Universitat Jaume I, 1997, pp. 155.

⁷⁸³ GONZÁLEZ ORTEGA, S., *La organización de la prevención por el empresario: los servicios de prevención*, op. cit., pp. 34.

3.6.2 Garantías concretas que la LPRL ha previsto para los trabajadores designados

Entrando ya en las garantías de los representantes de los trabajadores que la Ley extiende a los trabajadores designados, y sin ánimo de hacer un análisis exhaustivo de cada una de ellas desde la perspectiva del ET, se hará un análisis, en el orden establecido en la norma, pero teniendo en cuenta su aplicación a los trabajadores designados (siendo extensible a los técnicos de prevención del SPP).

A) Apertura del expediente contradictorio

La primera de las garantías aplicables es la de apertura del expediente contradictorio para la imposición de sanciones por faltas graves y muy graves (art. 68 a) ET). Con carácter general, la apertura del expediente contradictorio supone la obligación de hacer saber a quien se pretende sancionar, de una manera clara, los hechos por los que se le va a sancionar, dándole audiencia y otorgándole la posibilidad de desvirtuar tales hechos en el mismo expediente. En definitiva, se trata de un procedimiento que tiene la finalidad de objetivar la decisión sancionadora, dando audiencia al resto de los representantes (comité de empresa, delegados de personal y delegados sindicales). Además, alcanza a los representantes no sólo durante su mandato sino también en el año inmediatamente posterior al mismo, debiendo iniciarse el expediente aunque no se refiera a hechos imputados en el ejercicio de la función representativa ya que se trata de una garantía de carácter formal y no de contenido⁷⁸⁴.

Partiendo de lo señalado, es necesario ajustar el contenido de esta garantía al supuesto que aquí se está analizando. En primer lugar, la audiencia al comité de empresa y a los delegados de personal o sindicales regulada en el art. 68 a) ET debe entenderse aquí cumplida cuando se le da al resto de trabajadores designados y/o técnicos del SPP (de conformidad con lo establecido en el art. 55. 1. párrafo tercero ET⁷⁸⁵). Si no hubiera más trabajadores designados y técnicos de prevención, el trámite de audiencia se entenderá cumplido cuando, otorgándose solo al propio interesado⁷⁸⁶. Por lo que se refiere a la limitación temporal de la garantía, es difícilmente aplicable porque la designación se entiende definitiva y no un mandato temporal como ocurre con los

⁷⁸⁴ STS de 7 de diciembre de 1982 (RJ 1982\7785, sala de lo social); STS de 18 de febrero de 1997 (R°. UD 1868/1996, sala de lo social)

⁷⁸⁵ “Cuando el trabajador fuera representante legal de los trabajadores o delegado sindical procederá la apertura de expediente contradictorio, en el que serán oídos, además del interesado, los restantes miembros de la representación a que perteneciere, si los hubiese”.

⁷⁸⁶ GÁRATE CASTRO, J., *Organización de la prevención mediante la designación de uno o varios trabajadores*, op. Cit., (versión electrónica); RODRIGUEZ PASTOR, G., *La designación de uno o varios trabajadores de la empresa*, op. Cit., pp. 38; STSJ de Castilla y León, de 27 de abril de 1993 (R° 723/1993, sala de lo social)

representantes de los trabajadores, si bien la referencia al año siguiente podría entenderse aplicable sólo en el caso de los trabajadores designados que, dejen de realizar funciones preventivas y pasaran a desempeñar funciones productivas, bien porque regresan a su puesto de trabajo (en el caso de que el trabajador designado estuviera a tiempo completo) bien porque pasa a realizar exclusivamente las funciones de su puesto de trabajo (en el supuesto de trabajador designado a tiempo parcial)⁷⁸⁷.

B) Prioridad de permanencia en la empresa

Respecto a la segunda de las garantías reconocidas, la prioridad de permanencia en la empresa o centro de trabajo en los supuestos de suspensión o extinción del contrato por causas tecnológicas o económicas, varias son las cuestiones a tener en cuenta, partiendo de la regulación de la garantía respecto a los representantes de los trabajadores.

En este sentido, la prioridad de permanencia sólo se reconoce por causas tecnológicas y económicas⁷⁸⁸, Aunque bien es cierto que, si la empresa alude a causas tecnológicas y económicas de manera general como el descenso de ventas o la caída de ingresos, pueden darse casos de prioridad de permanencia aunque también concurra una causa organizativa o productiva⁷⁸⁹. La suspensión remite al art. 47 ET y el despido al art. 51 y 52 c) ET, ratificando tal preferencia el RD 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el reglamento de los procedimientos de despidos colectivos y suspensión de contratos y reducción de jornada. Además, existe un presupuesto implícito, para la aplicación de esta garantía, declarado así por la jurisprudencia, y es la existencia de dos o más trabajadores entre los que se pueda establecer la preferencia; y no se trata de una preferencia frente a cualquier trabajador de la empresa, sino que debe plantearse

⁷⁸⁷ RODRIGUEZ PASTOR, G., *La designación de uno o varios trabajadores de la empresa*, op. cit., pp. 38.

⁷⁸⁸ STSJ de Asturias, de 17 de mayo de 2013 (R°.702/2013, sala de lo social); STSJ de Valencia, de 10 de septiembre de 2013 (R°. 1481/2013)

⁷⁸⁹ STSJ de Asturias, de 20 de diciembre de 2013 (1868/2013): “la prioridad de permanencia se establece para los supuestos de suspensión o extinción por causas tecnológicas o económicas, y que no opera cuando el despido se funda en causas organizativas y productivas como en el caso enjuiciado, tesis que necesariamente ha de ser rechazada pues, aparte de no contenerse en la comunicación escrita hecho alguno que afecte de forma específica a las funciones o puesto de trabajo desempeñado por el recurrente, no puede aceptarse la restrictiva interpretación que se efectúa del derecho en cuestión. En efecto, que la garantía establecida en el artículo 68,b) del Estatuto de los Trabajadores es más amplia de la que, en un principio, podría deducirse de su tenor literal resulta evidenciado por el hecho de que el artículo 51.5 del Estatuto de los Trabajadores, al igual que el artículo 52,c), reconozca a los representantes de los trabajadores prioridad de permanencia en la empresa en los supuestos a los que se refieren dichos artículos, esto es, en los despidos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción”.

respecto de trabajadores de un mismo grupo profesional⁷⁹⁰. Además, la garantía de prioridad de permanencia se extiende a todo el ámbito de representación de manera que, si es la totalidad de la empresa, a toda ella se extiende la garantía, y si la representación lo es sólo en un centro de trabajo, sólo a este será extensible la misma⁷⁹¹. En el caso de vulneración de tal garantía, se declarará la improcedencia de la acción y en el caso de despido el representante ostenta el derecho de opción entre la indemnización y la readmisión. En los dos casos, el representante tendrá derecho a los salarios de tramitación que le correspondan (art. 56 ET).

Trasladando lo dicho al supuesto del trabajador designado o técnico del SPP⁷⁹², su aplicación es algo más complicada por varias razones. La primera de ellas, y la más importante, es que la existencia de estos trabajadores prevencionistas viene exigida por la Ley de manera que, mantenerlos o no en activo, no es una decisión absolutamente libre del empresario sino que se trata de una decisión condicionada por la obligación empresarial de contar con alguna fórmula organizativa de la prevención⁷⁹³. Así pues, una menor exigencia de técnicos de prevención puede llevar a una amortización de puestos de trabajo y a los pertinentes despidos que haya que realizar por razones organizativas; pero esos despidos no pueden estar justificados por las razones económicas o tecnológicas exigidas por la regulación de la garantía. De manera que la alegación empresarial pasaría por derivar la extinción del vínculo laboral a las causas organizativas y productivas, aduciendo su potestad para reorganizar la modalidad preventiva de acuerdo a las necesidades de su empresa; argumentando para ello las razones objetivas que llevan a la amortización del puesto de trabajo o de la función de prevención desempeñada por el trabajador designado⁷⁹⁴. Un ejemplo de ello, se puede

⁷⁹⁰ STS de 27 de julio de 1989; STSJ de Galicia, de 2 de junio de 2011 (R°. 576/2011, sala de lo social); STSJ de Andalucía, de 28 de septiembre de 2012 (R°. 3503/2011, sala de lo social) en la que se recoge que la garantía de permanencia del representante de los trabajadores es relativa y solo se aplica cuando existe alternativa en la selección. Cuando existe esta alternativa, la efectividad de la garantía se traduce siempre en un sacrificio potencial para el resto de los trabajadores. Se declara finalmente la improcedencia de la extinción del contrato porque el delegado de personal tiene derecho de permanencia al existir otro puesto de igual contenido funcional aunque el trabajador que lo ocupa tenga más antigüedad; STSJ de Galicia de 7 de mayo de 2012 (R°. 897/2012, Sala de lo Social) en la que se declara improcedente la extinción del contrato por lesión del derecho de prioridad de permanencia de un delegado de personal por existir puestos funcionalmente equivalentes en el turno de mañana al que venía desempeñando el trabajador en el turno de tarde.

⁷⁹¹ STSJ de Extremadura de 22 de octubre de 2013 (R°. 332/2012)

⁷⁹² STSJ de Asturias, de 20 de diciembre de 2013 (R°. 1868/2013)

⁷⁹³ STSJ de Madrid, de 18 de enero de 2013 (R°. 576/2010, sala contencioso administrativo) en la que se resuelve un supuesto de inclusión de un trabajador designado en un ERE, y donde finalmente el Tribunal anula las resoluciones por las que se incluye al trabajador en el ERE por gozar de un derecho de permanencia en la empresa en virtud de prioridad reconocida en el art. 30.4 en relación con el art. 68 b) ET.

⁷⁹⁴ SANCHEZ GARCÍA, A., Garantías Laborales de los Técnicos y Sanitarios en prevención de riesgos laborales, Revista de la Mutua Intercomarcal en línea: <http://www.aranzadi.es/sites/aranzadi.es/files/creatividad/mutua-intercomarcal/Numero82/Especialista2.pdf>, y en www.prevencionar.com

ver en la STSJ de Valencia, de 10 de septiembre de 2013 (R°. 1481/2013, sala de lo social): *“El recurso no puede prosperar pues la garantía de permanencia en la empresa que tienen los integrantes de los servicios de prevención de riesgos laborales (artículos 30.4 Ley de Prevención de Riesgos Laborales , 68 b) y 56.4 ET), no opera en supuestos en los que las circunstancias económicas no son las determinantes del despido objetivo, sino que se conjugan con circunstancias organizativas que afectan de forma específica al servicio de prevención constituido. La protección se establece para los supuestos de suspensión o extinción por causas tecnológicas o económicas (art. 68-b del ET), no cuando existen razones organizativas y productivas (...)”*

La peculiaridad del supuesto de aplicación de la garantía a los trabajadores designados es que si es la modalidad organizativa la que cambia o se produce una reorganización de la misma, y por ello el trabajador o técnico de prevención tiene que dejar de desempeñar estas funciones, cuando se trata de trabajadores con dedicación a tiempo parcial a la prevención, esta garantía puede actuar para que siga realizando las funciones productivas que venía desempeñando en la empresa. Algo que, también podría ocurrir, con el trabajador que hubiera pasado a dedicarse a las actividades preventivas de manera exclusiva, pero que anteriormente hubiera desempeñado otras funciones en la empresa (siempre que no hubiera mediado una novación contractual, y siempre que no se hubiera hecho esta novación en fraude de ley o abuso de derecho).

A ello hay que añadir una segunda razón. Se trata de la determinación de los criterios de selección para determinar el trabajador afectado. Tal y como se dijo, es necesario que haya varios trabajadores sobre los que aplicar la preferencia, de manera que, para ejercitarla, deberán ser varios los trabajadores designados o los técnicos de prevención del SPP⁷⁹⁵ (se entiende que son trabajadores del mismo grupo profesional). Si no hay varios trabajadores la garantía no tiene virtualidad, siempre que haya causa justificada para proceder a la suspensión o extinción del contrato. Cuando se trata de trabajadores designados que compaginan las tareas laborales con las labores preventivas, se podría aplicar la preferencia respecto a los trabajadores que realizan tareas laborales, tal y como sucede en la sentencia que se comenta a continuación.

En todo caso, se trata de cuestiones que deberían concretarse bien en el art. 30.4 LPRL, o bien a través de la negociación colectiva⁷⁹⁶. Sin embargo, se puede encontrar algún caso en la jurisprudencia, digno de resaltar, en el que se ha aplicado de este modo la garantía de prioridad de permanencia a un trabajador designado. Se trata de la STSJ de Andalucía, de 31 de octubre de 2012 (R°. 1257/2012, sala de lo social), en la cual el trabajador compatibiliza las tareas para las que había sido contratado con las de

⁷⁹⁵ STSJ de Aragón, de 27 de abril de 2012 (R°. 182/2012, sala de lo social), según la cual no se puede aplicar la garantía por puesto único.

⁷⁹⁶ RODRIGUEZ PASTOR, G., *La designación de uno o varios trabajadores de la empresa*, op. cit., pp. 39.

prevención asignadas por la empresa. El Tribunal entiende que ante una circunstancia de tipo económico, el trabajador queda amparado por la garantía del art. 68 b) ET tomando como referencia para llevar a cabo la prioridad de permanencia, la existencia de otros trabajadores con funciones relacionadas con el trabajo de ingeniero y no las de prevención. Concretamente la sentencia establece, en su fundamento jurídico tercero, que: *“no resulta ocioso recordar el que conforme al artículo 30 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales las personas designadas por el empresario para la realización de la actividad de prevención han de ser trabajadores de la empresa, que por tal designación pasan a compaginar las tareas y cometidos profesionales para los que fueron contratados con los correspondientes a la actividad de prevención, en los términos que dictamina el artículo 30.2 de la norma; y de ello ha necesariamente de inferirse el que una vez finalizada la vigencia de la designación efectuada -como en autos, por causa de decidir el empresario encomendar tal actividad de prevención a una empresa especializada en el sector- la consecuencia lógica es que los trabajadores correspondientes retomen su actividad laboral cotidiana en los términos pactados inicialmente en sus respectivos contratos, sin que pueda por contra entenderse que tal externalización de la actividad de prevención pueda sustentar un despido por causas objetivas por amortización de una plaza o puesto de trabajo, manifestamente inexistente, de encargado de la actividad de prevención de riesgos”*.

A la misma conclusión, aunque en diferente supuesto de hecho y con diverso motivo, llega el Tribunal Supremo en su reciente sentencia de 18 de julio de 2014 (R°. 3677/2012, Sala de lo Contencioso administrativo) en la que el trabajador, técnico del servicio de prevención propio, es despedido a través del expediente de regulación de empleo llevado a cabo en la empresa, habiendo entendido el Tribunal Superior de Justicia que no había lugar a la aplicación de la garantía del art. 68 b) ET. Considera la Sentencia que las garantías no constituyen derechos absolutos del trabajador, algo que efectivamente es cierto. Sin embargo el Tribunal Supremo viene a establecer que, pese a que las garantías no son derechos absolutos, estos sólo deben ceder ante determinados derechos o intereses que habrá que determinar en el caso concreto. Así pues, el Tribunal Supremo entiende que el establecimiento del criterio de la edad como elemento para incluir a trabajadores en el ERE no es posible, salvo que se establezca en el convenio colectivo, algo que en este caso no sucedía. Y además, y aquí está lo realmente interesante, para que la garantía de permanencia de un técnico de prevención no quede desvirtuada sería necesario acreditar que todos los puestos de trabajo del mismo nivel que el ocupado por este técnico debían ser suprimidos por causas tecnológicas o económicas, algo que no se produce en manera alguna.

C) No ser despedido ni sancionado y no ser discriminado en el ejercicio de su derecho a la promoción económica y profesional.

Por último, en lo que se refiere a la tercera garantía reconocida (art. 68 c) ET), se trata de una garantía doble. Por un lado, el trabajador no puede ser despedido ni sancionado durante el ejercicio de sus funciones ni dentro del año siguiente, sin perjuicio de que se trate de un despido disciplinario (art. 54 ET); y, por otro lado, tampoco podrá ser discriminado en el ejercicio de su derecho a la promoción económica y profesional. En este caso, lo que pretende la norma es que el empresario no tome represalias frente al representante por el desempeño de sus tareas de representación, lo que no implica en ningún caso, inmunidad absoluta ya que no se trata de una protección completa frente a cualquier despido o sanción.

Nuevamente, y al igual que en ocurría en la garantía analizada anteriormente, a veces puede resultar complicado aplicarla o trasladarla al ámbito de los trabajadores designados, especialmente cuando desarrollan las tareas preventivas de manera exclusiva. Por tanto, hay que diferenciar los trabajadores designados exclusivos y los técnicos del SPP, de los trabajadores designados dedicados a tareas preventivas a tiempo parcial, desarrollando también otras prestaciones de servicios en la empresa. Respecto de los primeros, al realizar sólo tareas preventivas, la garantía no se puede aplicar en estrictos términos porque sería tanto como decir que los trabajadores designados no podrán ser despedidos ni sancionados por razones relacionadas con el desempeño de su trabajo⁷⁹⁷. De forma que es necesario interpretar esta garantía de otro modo. Se trataría de los supuestos en los que el empresario sanciona o despide alegando un cumplimiento defectuoso de sus obligaciones cuando, en realidad, quiere eludir el cumplimiento adecuado de las normas de prevención que el trabajador designado le ha recomendado. Serían los casos en los que al empresario le resulta incómoda la labor y la presencia del prevencionista⁷⁹⁸. Por lo que respecta a los trabajadores con dedicación parcial, la garantía impide que el empresario use su poder disciplinario en relación con las tareas laborales a modo de represalia por las tareas preventivas realizadas.

Por lo que se refiere a la ampliación de la garantía al año posterior al mandato, ya se ha dicho que sólo podría aplicarse en el caso de que el trabajador designado dejase de prestar servicios como prevencionista pero siguiera haciendo las tareas propias de su trabajo en la empresa; o cuando, realizando en exclusiva funciones de prevención, pasa a realizar otras tareas dentro de la empresa dejando de realizar las primeras. Tal

⁷⁹⁷ GONZÁLEZ ORTEGA, S., *La organización de la prevención por el empresario: los servicios de prevención*, op. cit., pp. 37.

⁷⁹⁸ RODRÍGUEZ PASTOR, G., *La designación de uno o varios trabajadores de la empresa*, op. cit., pp. 40; STSJ de Andalucía, de 3 de marzo de 2000 (R° 4373/1999, Sala de lo Social); STSJ de Andalucía, de 19 de diciembre de 2002 (R° 3685/2002, Sala de lo Social).

es el caso de la STSJ de Cataluña, de 14 de octubre de 2013 (R°. 3343/2013, Sala de lo Social), en la que el trabajador había sido miembro del servicio de prevención y había pasado a realizar funciones en el departamento de Servicios Generales como Jefe de emergencias, dejando de pertenecer al SPP, supuesto en el que la garantía puede extenderse el citado año.

Por último, y respecto a la garantía de no ser discriminado en el ejercicio del derecho a su promoción económica y profesional (es una garantía de indemnidad por el ejercicio de las actividades preventivas) sería de más fácil aplicación si los convenios colectivos regulasen, en su sistema de clasificación profesional y en su sistema retributivo, la funciones preventivas, ya que, en caso de no hacerlo (que será lo habitual), la única posible y complicada solución podría ser la de comparar dentro de la empresa la situación de dos trabajadores designados (si los hubiera) y ver si a uno se le otorgan funciones distintas que conllevan una mayor responsabilidad y que por tanto, suponen una posibilidad de promoción económica y profesional, sin razón objetiva alguna⁷⁹⁹. No obstante, se trata de una cuestión que en la mayoría de las ocasiones no se podrá probar, ya que pueden concurrir otros elementos como el poder de dirección del empresario, lo que hace que el pueda quedar justificada la actuación del empresario sin que se vulnere esta garantía de indemnidad.

D) Derecho de opción en caso de despido declarado improcedente

Junto a las garantías establecidas en el art. 68 ET, también hay que mencionar la el derecho de opción que se otorga a los representantes de los trabajadores en los supuestos de despido, y que se configura, en definitiva, como una garantía más derivada de sus especiales actividades dentro de la empresa (art. 56.4 ET). Si el despedido fuera un representante legal de los trabajadores o un delegado sindical, la opción corresponderá siempre a éste; y, de no efectuar la opción, se entenderá que lo hace por la readmisión, mientras que, cuando la opción, expresa o presunta, sea en favor de la readmisión, ésta será obligada. Tanto si opta por la indemnización como si lo hace por la readmisión, tendrá derecho a los salarios de tramitación. La garantía es doble: por un lado, poder optar, y por otro, tener derecho a salarios de tramitación (extremo que tras la reforma laboral, no rige para el resto de trabajadores). Esta garantía no parece que genere ningún tipo de problema en su aplicación a los técnicos de prevención y así se ha podido observar en la jurisprudencia al respecto⁸⁰⁰.

⁷⁹⁹ RODRÍGUEZ PASTOR, G., *La designación de uno o varios trabajadores de la empresa*, op. cit., pp. 42.

⁸⁰⁰ STSJ de Madrid de 9 de julio de 2012 (R°. 1844/2012, Sala de lo Social), establece que: “la limitación de los salarios de tramitación (...) se está refiriendo a aquellos casos en que la opción entre readmisión o indemnización correspondiera al empresario, lo que no acontece en el supuesto de autos

3.7. Obligaciones de los trabajadores designados o con asignación de funciones preventivas

3.7.1 La indeterminación legal de las funciones de los trabajadores designados

Al contrario de lo que ocurre con los servicios de prevención, cuando hay que analizar cuáles son o cuáles podrían ser las funciones de los trabajadores designados, y, por tanto, cuáles son las obligaciones que tienen estos encargados de la prevención, ni la LPRL, ni el RSP establecen prácticamente nada. Así pues, habrá que utilizar la remisión normativa para hacer una interpretación lo más correcta posible, para lo que habrá que tener en cuenta lo establecido en el art. 31.3 LPRL y en los arts. 35 a 37 RSP. Lo que establecen estos preceptos es perfectamente aplicable a los trabajadores designados, ya que la utilización de un concepto amplio de servicio de prevención lo permite sin ningún problema. Entender el servicio de prevención como una función y no como un órgano, hace que se pueda aplicar la regulación de las funciones y obligaciones del servicio de prevención a los trabajadores designados, ya que estos son concebidos como una manera de prestar el servicio en las empresas.

Curiosamente, con otros sujetos que se encargan de la prevención esta indeterminación de las obligaciones no existe. Concretamente, por lo que se refiere a los recursos preventivos y trabajadores asignados, el art. 22. bis) 4, 5 y 6 RSP recoge específicamente sus funciones. Algo similar ocurre con el coordinador de seguridad y salud, que se regula en el artículo 9 RD 1627/1997, y con el encargado de coordinación de actividades preventivas, previsión contenida en el artículo 14 RD 171/2004, de 30 de enero. Sin duda, se trata de regulaciones más que acertadas puesto que, en la determinación clara de las obligaciones, está la fijación igualmente precisa de las responsabilidades. Por ello, si no hay un establecimiento de obligaciones, la inseguridad jurídica nuevamente se apodera de la figura del trabajador designado al no precisarse esas obligaciones y, por tanto, será más complicada la determinación de las responsabilidades. Cuestiones todas ellas problemáticas, que se pueden observar en alguna Sentencia como es el caso de la STSJ de Castilla y León, de 7 de mayo de 2008 (R°. 251/2008, sala de lo social), en la que el Tribunal analiza, sin que quede

en que la opción entre la readmisión y la indemnización corresponde al trabajador de conformidad con lo previsto en el artículo 30.4 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, por lo que la consignación efectuada por la empresa no tiene como consecuencia liberarla del abono de los salarios de tramitación, habiéndose pronunciado en estos mismos términos en un supuesto muy similar al que aquí se examina esta Sala en sentencia de 4 de diciembre del 2009, lo que lleva consigo la estimación del recurso y en su consecuencia se condena a la empresa a satisfacer al trabajador los salarios de tramitación hasta la fecha de la notificación de sentencia de instancia que declara la improcedencia del despido". STSJ de Cantabria, de 2 de abril de 2003 (R°. 409/2003, Sala de lo Social), en la que se declara la nulidad del despido del médico de la empresa y, además se hace referencia al derecho de opción, en este caso del médico, como miembro del SPP, por aplicación el art. 30.4 LPRL. También en la STSJ de Madrid de 4 de diciembre de 2009 (R°. 4331/2009, Sala de lo Social); STSJ de Cantabria, de 29 de junio de 2010 (R°. 534/2010, Sala de lo Social)

claro finalmente, si el trabajador designado debía haber pedido el plan de seguridad, o si se lo deberían haber dado, si debería haber analizado el método de trabajo o debería haber realizado él uno correcto, etc. Pese a que finalmente se declara la procedencia del despido del trabajador, el tribunal se plantea el alcance de las obligaciones del trabajador designado, para finalmente inclinarse por la opción de que el trabajador si tenía la formación adecuada y había aceptado tal responsabilidad del puesto, debería haber llevado cabo el mismo las actividades preventivas de manera que se hubiese evitado el accidente. Así pues no resulta tan determinante la manera en que se cumple con la obligación de prevención, sino que efectivamente se cumpla.

De la lectura del art. 30 LPRL pueden extraerse, sin embargo, algunas obligaciones para los trabajadores designados como son el deber de cooperación o colaboración, y el deber de sigilo. Pero, además, no puede olvidarse que el mero hecho de la designación genera un deber para el trabajador designado de correcto y diligente cumplimiento de lo que se haya comprometido con la empresa. Por tanto, deberán ser los convenios colectivos, o el propio acto de la designación, o la encomienda diaria, efectiva y real, de funciones, los instrumentos en los que se determinarán realmente las tareas que en cada caso deba llevar a cabo el trabajador designado.

Por lo que se refiere a la obligación de colaboración, ésta se predica como colaboración entre trabajadores designados y con las otras modalidades de organización en el caso de que existan en la empresa (propio empresario, SPP, SPM y SPA). La configuración de esta obligación, tal y como la hace el legislador en el art. 30 LPRL, da cuenta de la posibilidad que tienen la empresas de configurar su modelo organizativo mediante la convivencia de distintas modalidades preventivas. Las referencias en la norma a esta obligación y en el mismo sentido también se contiene en el art. 35. 1 f) RSP y en el art. 36. 1 g) RSP. Sin embargo, ni en la LPRL ni en el RSP se aclara nada sobre el contenido ni alcance de la misma. De manera general, la obligación de colaboración en materia de prevención se predica de todos los trabajadores y se regula en el art. 29 LPRL como parte integrante de la buena fe que debe presidir las relaciones contractuales laborales (art. 5 ET). Por su parte el deber de buena fe adquiere una mayor intensidad cuando el trabajador ocupa un puesto de responsabilidad⁸⁰¹, como es el caso de los técnicos de prevención, lo que significa que el deber de colaboración también debe ir más allá de la mera colaboración predicada en el art. 29 LPRL. Además, y para el caso concreto de los trabajadores designados y técnicos del SPP, esta obligación no se deriva sólo de la norma preventiva, sino que es medio necesario y consecuencia del correcto cumplimiento de las funciones que se le han designado y que le colocan en esa especial posición jerárquica. Por ello, el deber

⁸⁰¹ STSJ de Andalucía, de 27 de junio de 1997 (Sentencia núm. 1197/1997 de 27 junio, AS 1997\2865, sala de lo social) existe una diligencia y lealtad exigible con mayor rigor de acuerdo con la responsabilidad del cargo desempeñado y la confianza depositada en quien lo ocupa.

de colaboración no se establece sólo respecto del empresario, sino también respecto de otros sujetos que realizan funciones preventivas, esto es, otros trabajadores designados y técnicos de los servicios de prevención, así como respecto de los trabajadores asignados (art. 32 bis 4 in fine LPRL) y los encargados de coordinación de actividades (art. 13.3 in fine RD 171/2004, de 30 de enero).

Por lo que se refiere al contenido de la obligación de colaboración y tomando como referencia de nuevo, la obligación de colaboración del trabajador, para este caso consistirá, por un lado, en una prestación de información, y por otro, en una prestación de actividad⁸⁰². Por lo que se refiere a la prestación de información como parte de la obligación de colaboración, esta se constituye como bidireccional puesto que la transmisión de información entre los técnicos de prevención es la manera de poder conocer y controlar todas las circunstancias y situaciones que puedan ocurrir en esta materia, evitándose la realización de actividades preventivas duplicadas y contradictorias. En relación con las prestaciones de actividad, el trabajador designado o los técnicos de prevención o los técnicos del SPP deberán colaborar entre sí y, por tanto, lleva a cabo conjuntamente cuando proceda, el cumplimiento de las obligaciones específicas que se les haya encomendado, esto es para la realización de las evaluaciones de riesgo, de la elaboración del plan de prevención y de la planificación de la actividad preventivas, para la preparación de las actividades de información a los trabajadores y los programas de formativos, para la preparación de las actividades de vigilancia de la salud, así como para cualquier otra actividad preventiva que tengan que realizar y sobre la que es necesario que haya una cooperación entre varios técnicos para que el resultado sea el cumplimiento eficaz de la obligación.

En el análisis que sigue se va a analizar con más detenimiento la obligación de sigilo, y la existencia de la delegación de funciones y, por tanto, la determinación de estos trabajadores (los trabajadores designados, recursos preventivos y encargados de la coordinación) como auxiliares del empresario en el cumplimiento de las obligaciones de prevención y su posible calificación como mandos intermedios que forman parte de un nivel jerárquico más elevado que el de un trabajador común.

3.7.2 La obligación de sigilo del técnico de prevención y el derecho a la seguridad y salud de los trabajadores: una difícil relación

El art. 30.4 LPRL establece expresamente el deber de guardar sigilo profesional sobre la información relativa a la empresa a la que tuvieran acceso los trabajadores designados como consecuencia del desempeño de sus funciones. Antes de entrar a determinar el contenido de este deber y el alcance del mismo es necesario hacer una

⁸⁰² GONZALEZ ORTEGA, S. y APARACIO TOVAR., *Comentarios a la Ley 31/1995 de prevención de riesgos laborales*, op. Cit., pp. 190.

breve alusión al concepto de sigilo profesional. Aunque el sigilo se define como el secreto que se guarda sobre una cosa o noticia⁸⁰³, en el ámbito jurídico, el sigilo no debe confundirse con el secreto, ya que éste último es un concepto amplio que abarca el hecho de no proporcionar ni transmitir ningún tipo de información. En cambio el sigilo, más identificado con la reserva de las informaciones, conlleva un uso prudente de la información y una discreción en la utilización de ésta⁸⁰⁴.

El derecho a transmitir solo las informaciones que no lesionen los intereses de las empresas no es un derecho absoluto por cuanto colisiona con otros derechos como son el de libertad de expresión, o el de información, derecho por su parte, reconocido como principio de la prevención (art. 14 LPRL), como elemento esencial del deber de seguridad y salud, y como pilar básico de la Directiva 89/391/CEE, en cuyo art. 18 se insta un sistema basado fundamentalmente en la circulación de la información con especial incidencia en la proporción de la misma a todo los que intervienen en el sistema preventivo de la empresa. Concretamente por lo que se refiere a los trabajadores designados, la norma española (art. 30.3 LPRL) también ha previsto la necesidad de que el empresario de todas las informaciones correspondiente a los arts. 18 y 23 LPRL. Así pues, teniendo claro que la circulación de la información es fundamental en el terreno de la prevención, debería producirse una interpretación flexible del deber de sigilo regulado como tal en la LPRL⁸⁰⁵.

Para llevar a cabo una interpretación adecuada del contenido del deber de sigilo para los trabajadores designados es imprescindible acudir a la regulación e interpretación judicial del deber de sigilo para los representantes de los trabajadores (art. 65 2, 3, 4 y 5 ET), y para los delegados de prevención (art. 37.3 LPRL). Por lo que se refiere al deber de sigilo de los representantes de los trabajadores varias son las cuestiones a tener en cuenta. En primer lugar, que sólo se puede exigir respecto a las informaciones que tienen el carácter de confidencial y que expresamente se establecen en el art. 65 2 y 4 ET. En segundo lugar, precisamente la función de los representantes de los trabajadores es informar y comunicar a los trabajadores sobre las circunstancias que pueden afectar a sus relaciones de trabajo, por lo que cuando se trata de este tipo de informaciones no se aplicará el deber de sigilo. Así pues, sólo las extralimitaciones o filtraciones que produzcan un daño considerable a la empresa serán las que puedan ser sancionables por vulneración del deber de sigilo. En tercer lugar, el deber de sigilo

⁸⁰³ Definición dada por el Diccionario de la Real Academia de la lengua Española

⁸⁰⁴ GONZALEZ ORTEGA, S., *Información sobre los contratos e intimidación*, Revista de trabajo, núm. 100, 1990, pp. 660-661.

⁸⁰⁵ CARRERO DOMINGUEZ, C., “El sigilo profesional en el sistema de seguridad y salud establecido en la Ley de Prevención de riesgos Laborales”, en ESCUDERO RODRIGUEZ, R. (coord.), *La Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, XIV Jornadas Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, celebradas en Málaga en 1995, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 1997, pp. 528.

debe conjugarse con el derecho a la libertad de expresión e información. Cuanto más peso tengan estos derechos, menor será el deber de sigilo y al revés⁸⁰⁶.

En este caso, la norma establece que el deber de sigilo debe observarse con respecto a la información que, en legítimo y objetivo interés de la empresa o del centro de trabajo, les haya sido expresamente comunicada con carácter reservado⁸⁰⁷. Este supone que la información reservada, calificada como tal cuando haya un interés legítimo y objetivo⁸⁰⁸ por parte de la empresa, es una información que, en caso de ser revelada, puede causar a la empresa un perjuicio económico notable, un deterioro importante en la imagen corporativa o un impacto negativo en las relaciones comerciales. Lo que está claro es que, si no existe ese interés legítimo y objetivo acerca del control de la difusión de la información, ésta no puede calificarse como reservada, y por tanto no se incluirá como información sobre la que se deba guardar e sigilo.

Además, esta regulación del ET prevé dos cuestiones más. Por un lado, que el empresario deberá determinar de manera clara y directa la información que considera como de carácter reservado; y, por otro, que se otorga la facultad al empresario de no dar determinadas informaciones y datos. Así el artículo 65.4 ET establece esta segunda posibilidad como una excepción y sólo cuando se trate de informaciones relacionadas con secretos industriales, financieros o comerciales cuya divulgación pueda objetivamente perjudicar el funcionamiento de la empresa y causarle problemas económicos. Cuestión, no obstante, difícil de determinar en el caso concreto, y para lo que se debería haber previsto un procedimiento rápido de solución de los conflictos que pudieran surgir en torno a este tema, no confiando la solución de la controversia sólo al proceso de conflictos colectivos⁸⁰⁹.

Por lo que se refiere al deber de sigilo profesional aplicado a los representantes de los trabajadores en materia preventiva, es imprescindible traer a colación la Sentencia del Tribunal Constitucional 213/2002, de 11 de noviembre (Recurso de Amparo 5372/2000), en la que los representantes de los trabajadores desvelaron el contenido de

⁸⁰⁶ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a. F., *El deber de sigilo profesional de los representantes de los trabajadores*, Actualidad Laboral, núm. 9, Madrid, 1992, pp. 139-140

⁸⁰⁷ LOPEZ AHUMADA, E., *El derecho de información sindical y el deber de sigilo profesional de los representantes de los trabajadores. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 213/2002, de 11 de noviembre*, Revista General de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social, Iuslabor, núm. 3, 2003, (versión electrónica)

⁸⁰⁸ Sobre el interés objetivo, la jurisprudencia se ha manifestado restringiendo las facultades de la empresa a fin de impedir el abuso en la calificación de la información como confidencial STS de 13 de diciembre de 1989 (RJ 1989/9200, Sala de lo Social); STSJ de Murcia, de 23 de junio de 2001 (R^o 617/2001 Sala de lo Social).

⁸⁰⁹ SOLÁ MONELLS, X., *La modificación de los artículos 64 y 65 del Estatuto de los Trabajadores por la ley 38/2007, de 16 de noviembre: valoración general*, Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, IUSLABOR, núm. 1, 2008, (versión electrónica).

un informe realizado por el responsable del servicio médico de empresa⁸¹⁰. El Tribunal recuerda que el deber de sigilo no es ilimitado sino que debe interpretarse en los justos términos del art. 65.2 ET, a fin de permitir el desarrollo de la actividad representativa. La sentencia establece como elemento calve para su resolución si la información obtenida y divulgada tenía el carácter de reservada porque se trate de un asunto confidencial. Así pues, el empresario debería indicar si existe reserva en la divulgación siempre que ello este justificado y sea procedente, y en caso contrario, los representantes podrán usar la información sin sujeción al deber de sigilo, teniendo como únicos límites los establecidos para la libertad de expresión e información (información veraz, no lesionar los intereses de terceros). La sentencia, aunque lo menciona, no hace especial énfasis en la materia objeto de la información revelada, aunque se trataba de una cuestión de prevención que afectaba directamente a la salud de los trabajadores de la empresa. En este concreto aspecto, y por lo que se refiere a la representación especializada en prevención, como ya se apuntó, el deber de sigilo debe tener una especial flexibilidad en cuanto a su ejercicio y contenido. En estos casos la importancia del bien jurídico que hay que proteger con la información hace que se tenga que modular aun más el deber de sigilo. No puede ser el mismo deber de sigilo el que deba aplicarse, por ejemplo, sobre una determinada cuestión económica que afecte a la empresa, que el deber de sigilo sobre el uso de medidas, sustancias, agentes o procedimiento que podrían poner en peligro la vida o integridad física de los trabajadores.

Por su parte, por lo que se refiere al deber de sigilo de los trabajadores designados, resulta complicado hacer una interpretación tan extensiva del art. 30.4 LPRL que lleve a aplicar el deber de sigilo conforme a las directrices marcadas por el legislador en relación con el artículo 65 ET. Y ello, en primer lugar, porque si el legislador lo hubiera querido así, lo habría manifestado expresamente (el legislador no utiliza la técnica del reenvío al ordenamiento estatutario) tal y como ha hecho con las garantías antes analizadas; y, en segundo lugar, porque es muy difícil objetivar y legitimar algún interés de la empresa para negar información a los trabajadores con funciones preventivas cuando esa negativa puede suponer un perjuicio para la seguridad y salud de los trabajadores. De forma que puede generarse un conflicto entre el interés legítimo y objetivo de la empresa, con posibles repercusiones económicas, en reservar la información, y el interés de los trabajadores en la preservación de su seguridad y salud, finalidad para la cual puede jugar un papel esencial la difusión y el uso de esa misma información que, no se olvide, deriva del derecho fundamental a la vida y a la integridad física (art. 15 CE). El problema es que, mientras en el caso de los

⁸¹⁰ GARCÍA MURICA, J., *Libertad de expresión y sigilo profesional en el desarrollo de la acción sindical. Comentario a la STC 213/2002, de 2 de noviembre de 2002*, Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional, núm. 3, 2002, pp. 2247-2272. LOPEZ AHUMADA, E., *El derecho de información sindical y el deber de sigilo profesional de los representantes de los trabajadores. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 213/2002, de 11 de noviembre*, op. Cit., (versión electrónica)

representantes, la información les es dada con la finalidad de control y participación, en el caso de los trabajadores designados y técnicos de prevención, es un autentico útil de trabajo a la que deben tener acceso⁸¹¹, siendo por tanto diferente el concepto, alcance y contenido del deber de sigilo en unos y otros casos.

Hay que partir de la base de que mientras los representantes, sean o no especializados en materia de prevención, ostentan la representación de los demás trabajadores, con la consecuente obligación de informales, los trabajadores designados no ostentan esa representación, sino que actúan por cuenta del empresario. Por tanto, su deber de sigilo debe conformarse de acuerdo a la buena fe contractual que rige su relación con el empresario⁸¹². Ahora bien, el deber de sigilo queda referido a la información que obtenga estos trabajadores sobre la empresa como consecuencia del ejercicio de sus funciones, lo que implica que, este deber sólo alcanza a la información que obtengan por el ejercicio de su actividad y no a cualquier otra que obtengan y conozcan por otros cauces⁸¹³. Si bien, el deber de sigilo se aplicará respecto a toda la información que obtengan por el ejercicio de su función y no solamente a la reservada ya que el legislado tiene una posición clara al establecer las diferencias: art. 30.4 LPRL hace referencia a *la información relativa a la empresa* (toda), y en el art. 65.2 ET hace referencia a la información *que les haya sido expresamente comunicada con carácter reservado*.

El deber de sigilo de los trabajadores designados debe adquirir, al contrario de lo que ocurre con los representantes de los trabajadores un carácter reforzado. Estos trabajadores están al servicio del empresario que es quien les va a suministrar la información que ellos necesitan para trabajar y que después ellos tendrán que dar devolver al empresario para que éste la pueda transmitir a los trabajadores y a los representantes de los trabajadores. El trabajador designado se coloca así en una especial y difícil posición. Por un lado, porque se debe al desempeño adecuado de la tarea para la que fueron contratados y/o designados con el objetivo de velar por la seguridad y la salud de los trabajadores, y por otro, se deben al empresario como medio para el cumplimiento de la obligación genérica de seguridad. En este caso, el trabajador designado no tiene una obligación de información a los trabajadores. Pero hay un conflicto claro entre el deber de sigilo y la transmisión de información en los casos en los que el empresario incumpliendo su obligación, esté llevando a cabo alguna acción que perjudique la seguridad y salud de los trabajadores. Sobre el resto

⁸¹¹ DIAZ MOLINER, R., *Derecho de prevención de riesgos laborales*, op. cit., pp. 84.

⁸¹² BOZA PRO, G., *El deber de sigilo de los representantes de los trabajadores*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, pp. 339-341. CABEZA PEREIRO, J. y LOUSADA AROCHENA, J. F. (coords.), *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Granada, Comares, 1998, pp. 217.

⁸¹³ SEMPERE NAVARRO, A.V.; GARCIA BLASCO. M.; GONZALEZ LABRADA, M.; CARDENAL CARRO, M., *Derecho de la seguridad y salud en el trabajo*, Madrid, Civitas, 3ª. Ed., 2001, pp. 273

de las informaciones a la que el trabajador tenga acceso como consecuencia de su cargo, no cabe duda que deberá guardar sigilo, el problema se plantea con la información cuyo contenido perjudica a la vida y la salud de los trabajadores. Teniendo en cuenta que los trabajadores no tienen el carácter de representantes del personal⁸¹⁴, el deber de mantener el sigilo rige respecto de todas las informaciones conforme al principio de buena fe contractual que el trabajador designado tiene derivado de su especial posición en la empresa como consecuencia de tal designación⁸¹⁵.

No obstante, hay que recordar que el deber de sigilo no implica un secreto absoluto sobre las informaciones recibidas, sino un uso prudente de tales informaciones. Así pues, de la confluencia entre el uso prudente y adecuado de las informaciones, el ejercicio de la buena fe contractual, y el especial deber de diligencia que recae sobre el trabajador designado, puede decirse que, efectivamente hay un deber de no transmitir las informaciones obtenidas en este ámbito pero sí que se genera un deber de informar al empresario de los perjuicios que una determinación acción u omisión pueda producir sobre la vida y salud de los trabajadores. El empresario será el que deberá, a su vez, informar a los trabajadores o a los representantes (art. 36.2 LPRL) de tal situación. Cosa diferente se producirá en las situaciones de riesgo grave e inminente (art. 21 LPRL), donde el trabajador designado queda colocado en la posición de empresario donde debe informar a los trabajadores de la situación y adoptar las medidas necesarias⁸¹⁶. Así pues, se podría diferenciar el deber de sigilo en función de si la situación es controlable o no lo es, de manera que en el caso de que no lo sea, el deber de sigilo no puede generar sus efectos ya que estos trabajadores tienen el deber de paralizar las actividades y por tanto informar a los trabajadores de la situación de riesgo grave e inminente cuando, con los informes técnicos precisos se estima un riesgo grave de accidente (art. 19.5 ET).

Por lo que se refiere al alcance del deber en cuanto al ámbito subjetivo, los primero que hay que tener en cuenta es que el deber se aplica tanto cuando se trata de trabajadores designados como de técnicos de prevención de los Servicios de Prevención Propios ya que es el propio artículo el que refiere el deber de sigilo a todos

⁸¹⁴ OJEDA AVILÉS, A., *La Ley Española de Prevención de Riesgos Laborales de 1995 y las facultades de los trabajadores para interrumpir el trabajo en situaciones de peligro*, Asesoría Laboral, núm. 63, 1996, pp. 20

⁸¹⁵ STS de 18 de marzo de 1991: Existe una diligencia y lealtad exigible con mayor rigor de acuerdo con la responsabilidad del cargo desempeñado y confianza depositada en quien lo ocupa.

⁸¹⁶ GARCIA BLASCO, J. Y GONZALEZ LABRADA, M., *El derecho del trabajador a interrumpir su actividad y abandonar el lugar de trabajo en situaciones de riesgo grave e inminente*, Aranzadi Social, núm. 1, 1996, (versión electrónica). GALLEGU MORALES, A., "Derechos y Obligaciones de los trabajadores", en VIDA SORIA, J. (Dir.), *Manual para la formación en prevención de riesgos laborales. Programa formativo para el desempeño de las funciones de nivel básico*, Valladolid, Lex Nova, 2ª ed., 2003, pp. 401.

los trabajadores contemplados en el art. 30 LPRL. Por ello, puede decirse que el deber de sigilo alcance a todos los técnicos de prevención con funciones preventivas como recursos propios de la empresa, tengan el nivel de cualificación y formación que tengan. Ahora bien, la pregunta es si otros sujetos que realizan también funciones preventivas de la empresa deben tener, igualmente, obligación de guardar sigilo; como es el caso, por ejemplo, de los trabajadores asignados, los coordinadores de seguridad y salud o los encargados de la coordinación preventiva, teniendo presente que ninguna de las normas que los regulan han establecido nada al respecto. A este efecto, parece razonable que en todos los casos en los que los trabajadores tienen funciones preventivas, se acepte que existe un deber de sigilo respecto a las informaciones que éstos obtuvieran en el ejercicio de sus funciones. Y es que no sería correcto que, por ejemplo, un trabajador designado, que es recurso preventivo tuviera que guardar el deber de sigilo, y que, en cambio, no lo tuviera que hacer en la misma medida un trabajador asignado (que no será trabajador designado) que accediese, por sus funciones, a las mismas o semejantes informaciones. Por ello, y aunque habría que determinarlo caso a caso, parece razonable ampliar esta obligación a todos los sujetos que, por las funciones que realizan, es probable que accedan a algún tipo de información en materia preventiva o de cualquier otro tipo sobre la empresa, cuando sea pertinente mantener ciertas reservas. Hay dos razones fundamentales que llevan a una afirmación así. La primera es que todos estos sujetos, serán técnicos de prevención (al menos de nivel básico), lo que implica que forman parte del sistema de gestión y organización preventiva de la empresa, lo que lleva a poder aplicarles el art. 30.4 LPRL. Pero además, y teniendo en cuenta esta concepción, tal y como se mantiene en este trabajo, a todos ellos debe extenderse las garantías, por lo tanto, también deben extenderse las obligaciones asignadas concretamente y de manera genérica las de colaboración y sigilo profesional. Por último, ese deber reforzado de buena fe contractual cuando se trata de sujetos con determinadas responsabilidades y que da lugar a una diferente posición del trabajador (respecto del trabajador común) supone que a ellos alcance el deber de sigilo profesional en relación con las informaciones a las que tendrá acceso en por razón de su cargo.

Esta ampliación de los sujetos obligados al deber de sigilo es una tendencia que también se puede observar respecto de los representantes de los trabajadores. Con la ley 38/2007, de 16 de noviembre, de modificación del ET en materia de información y consulta de los trabajadores y de protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario⁸¹⁷ se producen ciertas modificaciones relativas al deber de sigilo entre las que se incluye la extensión del deber a los expertos que asistan a los miembros del comité de empresa. En definitiva, la extensión del deber de sigilo se produce a todos aquellos que, por unas razones u otras, tengan acceso a información de la empresa debido al ejercicio de sus funciones.

⁸¹⁷ BOE número 176, de 17 de noviembre de 2007.

3.7.3 El deber de diligencia exigible a los trabajadores designados

Para el cumplimiento adecuado de sus funciones los trabajadores designados deberán realizarlas de acuerdo con, genéricamente, el deber de buena fe y, más particularmente, con las directrices marcadas por el empresario. Pero en todo caso es obligado actuar conforme a las reglas de la diligencia adecuada. Teniendo en cuenta que los trabajadores son técnicos de prevención y que, por tanto, tienen una especial pericia (que además es necesaria) en la realización de sus cometidos, el deber de diligencia adquiere cierta especialidad o elevación respecto a la diligencia exigida al trabajador común, e incluso la exigida a un mando intermedio en materia de prevención. Se trataría por tanto de una diligencia profesional modulable en función del nivel de capacitación del técnico de prevención y de las tareas de prevención asignadas por el empresario.

El art. 1104 CC señala que el nivel de diligencia empleado “*debe corresponder con el que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar*”. Trasladando esto al ámbito de la prevención de riesgos, el deber de diligencia exigible a los profesionales se fija de acuerdo al nivel técnico que debe poseer cualquier profesional de la prevención equiparable⁸¹⁸. Al trabajador designado se le requiere por tanto, una diligencia especial, también calificada por la doctrina como diligencia profesional, acorde con su formación, su capacidad y con la actividad que asume y ejerce⁸¹⁹. Este deber de diligencia profesional da lugar a la aplicación de un estándar de conducta exigible basado en la *lex artis*, cuyo incumplimiento supone una imprudencia calificada también como profesional que tiene sus efectos tanto en el ámbito civil, como en el ámbito penal, y por supuesto, en el laboral.

La *lex artis* es un concepto que se mueve y se maneja fundamentalmente en el ámbito sanitario. En este sentido, los autores que lo han estudiado desde esta perspectiva, lo han definido como “un estándar de corrección de toda actuación profesional según los criterios técnicos contrastados y usuales, generalizados o admitidos...”. La jurisprudencia por su parte, de una manera más sencilla, ha entendido la *lex artis* como la “técnica, procedimiento o saber propio de una profesión”⁸²⁰. Pese a que el deber de diligencia derivado de la *lex artis* parece más propio de ciertas profesiones, puede aplicarse a cualquier actuación profesional, como así lo acepta la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia que coinciden en aceptar su aplicación a cualquier

⁸¹⁸ Haciendo nuestras las palabras de Jordano de Fraga referidas al ámbito civil: JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad contractual*, Madrid, Civitas, 1987, pp. 121.

⁸¹⁹ DIÉZ PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. La relaciones obligatorias*, Navarra, Thomson-Civitas, 2012, pp. 97-99.

⁸²⁰ REQUERO IBÁÑEZ, J. L., *Influencia de la Lex Artis en la responsabilidad patrimonial sanitaria*, en XI Congreso Nacional de Derecho Sanitario, Madrid, Fundación Mapfre, 2003, pp. 141-148; STS de 18 de octubre de 2001 (R°. 1898/1996, sala de lo civil, Fundamento Jurídico 3°).

actuación profesional y, con más razón aún, a los trabajadores designados como técnicos de prevención de riesgos, puesto que de su actuación depende en buena medida el cumplimiento de las obligaciones preventivas y la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores. Basta recordar, si fuera necesario, que el trabajo genera importantes peligros para la vida y la integridad física de quienes lo realizan, razón por la cual se hace exigible un especial cuidado y una prudencia particular en las personas cuyas funciones profesionales incluyen el velar por el cumplimiento de las medidas de seguridad establecidas para la protección de esos bienes jurídicos⁸²¹.

Cuestión diferente es que el nivel de diligencia exigible varíe en función del nivel de capacitación del técnico de prevención. Así, no puede ser igual el nivel de diligencia que se pretenda respecto de un técnico de prevención básico cuyas funciones, determinadas reglamentariamente, son limitadas, que de un técnico de nivel intermedio o de un técnico de nivel superior. Tal y como establece el art. 1.104 CC la diligencia se exigirá en función de las circunstancias de las personas, tiempo y lugar.

Así pues, habrá que valorar en el caso concreto el grado de diligencia desarrollado por el trabajador y el respeto a la *lex artis* para concluir si ha existido o no una imprudencia profesional por parte del trabajador designado⁸²². Sobre este tipo de imprudencia y su responsabilidad, entendida como aquella que comete el profesional de la prevención en el ejercicio de sus funciones y por el incumplimiento o el defectuoso cumplimiento de sus obligaciones, se hace remisión al estudio realizado en el capítulos II del presente trabajo.

⁸²¹ GIMENEZ CANDELA, T., *Lex Artis y responsabilidad médico-sanitaria, una perspectiva actualizada*, Revista de Derecho Patrimonial, núm. 17, 2006, pp. 70; STS de 23 de abril de 1992 (R°. 3654/1990, sala de lo penal) que establece que “el carácter profesional de la imprudencia no se debe entender de manera puramente formal, y por tanto, limitado al ejercicio de una profesión titulada. (...) naturalmente el otorgamiento de un título profesional es suficiente para estimarla, pero ello no significa que queden fuera de una protección más elevada otros ámbitos de actividad social más o menos constante, que por sus características, requieren especiales conocimientos y capacidades como consecuencia de bienes jurídicos que pueden llegar a ser afectados. Desde este punto de vista, la culpa profesional no se puede limitar ni a las profesiones tituladas ni a la impericia, toda vez que la finalidad de reproche más elevado es precisamente una mayor protección de los bienes jurídicos afectados por actividades que requieren un cuidado especial en su ejercicio”; en esta misma línea la SAP de Barcelona, de 19 de junio de 2002 (R°. 461/2001 (sala de lo Penal)).

⁸²² Al respecto pueden verse algunas sentencias que aplican la *lex artis* al trabajo de los técnicos de prevención: SAP de Córdoba, de 13 de junio de 2000 (R°. 84/2000, sala de lo penal)); SAP de Vizcaya de 13 de septiembre de 2007 (R°. 222/2007)); SAP de León, de 9 de enero de 2002 (R°. 149/2001, sala de lo penal)). También la doctrina laboralista se ha ocupado de analizar la aplicación del concepto de *Lex artis* a los técnicos de prevención: LOUSADA AROCHENA, J. F., *La responsabilidad de los técnicos de prevención*, Revista de derecho Social, núm. 22, 2003, pp. 84; CORDERO SAAVEDRA, L., *Las garantías y responsabilidades de los técnicos de prevención de riesgos laborales*, Aranzadi Social, núm. 5, Vol. V., 1998, (versión electrónica).

3.7.4 La especificidad de las funciones del trabajador designado como determinante de su posición obligacional y de responsabilidades dentro de la empresa.

De la misma manera que en el caso de los técnicos de prevención del SPP, los trabajadores designados ocupan una especial posición en la empresa que les hace ser equiparables, en cuanto al tratamiento de sus obligaciones y responsabilidades, a los mandos intermedios⁸²³. Ciertamente es que no pertenecen a un conjunto organizado de medios que se configura dentro de una empresa como un departamento o sección concreta con cierta entidad; lo que los coloca en una posición algo más débil, dada la falta de apoyo de cierta infraestructura interna. Pero quizá eso pueda tener más relevancia en el ámbito de la independencia en la realización de su trabajo, que en el ámbito de sus obligaciones y responsabilidades, por lo que quedarían protegidos por la vía de las garantías que la LPRL ya ha previsto. En este sentido, no es tan importante el hecho de que el técnico se encuentre dentro de una estructura preventiva en la empresa, o que se configure como sujeto individual. Lo relevante es saber qué funciones preventivas tiene que realizar por encargo del empresario, y cuál es el alcance de sus poderes decisoriales y de control de esta actividad dentro de la empresa.

Como ya se ha dicho, uno de los principales problemas en la determinación de las obligaciones radica en la inexistencia de una concreción legal de las funciones de los trabajadores designados. Algo que no ocurre en la regulación de las funciones de los servicios de prevención. Pero lo razonable es que se le atribuyan las funciones que tanto la LPRL como el RSP han establecido para los servicios de prevención. Hay que recordar que, se trate de trabajadores designados o de servicios de prevención, estas son sólo las fórmulas organizativas que tienen como misión cumplir con las actividades preventivas que se determinen, siendo los trabajadores designados una manera de prestar ese servicio de prevención a la empresa. Por tanto, pueden aplicarse a los trabajadores designados las previsiones que las normas hacen sobre las funciones de los servicios de prevención. Teniendo en cuenta esto, las funciones de los trabajadores designados deben quedar limitadas fundamentalmente por dos razones. En primer lugar, por las propias capacidades del técnico y la formación en prevención que posea, y, en segundo lugar, por lo que determine el propio empresario. Sobre esta última cuestión resulta pertinente volver a recordar aquí la importancia de la asignación o delegación de funciones del empresario a los técnicos de prevención, de modo que, respecto de los trabajadores designados que realizan exclusivamente tareas preventivas, bien porque se contraten para ello, bien porque dejen de realizar el trabajo

⁸²³ NAVAS-PAREJO ALONSO, M., *Obligaciones y Responsabilidades de los trabajadores en materia de seguridad y salud laboral*, Valladolid, Lex Nova, 2012, pp. 262-263; GARCÍA SALAS, A. I., *Directivos y mandos intermedios en materia de seguridad y salud en el trabajo*, Sevilla, Mergablum, 2004, pp. 149-151.

que desarrollaban en la empresa para prestar exclusivamente los servicios de prevención, se da por reproducido aquí lo dicho para los técnicos del SPP.

Pero, además, es importante determinar si el trabajador designado concurre o no con otras modalidades organizativas para saber el ámbito o extensión de sus obligaciones. En este sentido, cuando no concurre con ninguna otra fórmula, el trabajador designado tendrá que realizar todas las actividades preventivas establecidas en los artículos 34 a 37 RSP, y 31 LPRL (a salvo de las funciones de vigilancia de la salud, que tienen que ser realizadas por un especialista en medicina del trabajo, dentro de la empresa o a través de un SPA: RD 843/2011, de 17 de junio). Por lo demás, el trabajador designado deberá poseer la formación superior, ya que habrá de realizar funciones correspondientes a este nivel. Sin embargo, cuando los trabajadores designados concurren con un SPP, un SPM o con un SPA, el reparto de funciones, además de depender del nivel formativo y de capacitación del técnico, también dependerá de si los trabajadores designados se establecen como complemento al servicio de prevención, o si es el servicio de prevención el que sirve de complemento a las funciones de los trabajadores designados, asumiendo las que éstos no pueden desempeñar⁸²⁴.

Algún matiz, sin embargo, resulta conveniente hacer respecto de los trabajadores designados que realizan el trabajo para el que fueron contratados y además desempeñan tareas preventivas, es decir, que son técnicos de prevención a tiempo parcial o sin exclusividad. En estos casos, hay que diferenciar las funciones del trabajador cuando se encuentra realizando su trabajo habitual de las funciones que realiza como técnico de prevención. Esta diferenciación es importante porque, cuando el trabajador actúa como trabajador común, no tendrá ninguna obligación preventiva, no se convertirá en garante de seguridad, y por tanto, no se derivarán las obligaciones y responsabilidades propias de los trabajadores con funciones preventivas. Ahora bien, cuando actúe como técnico de prevención se convierte en una especie de garante de seguridad por vía del mecanismo de la delegación de funciones. Lo que ocurre es que separar las actividades laborales de las actividades de prevención puede resultar una tarea complicada, sobre todo cuando las de prevención son tan dinámicas y constantes que se hacen presentes en prácticamente todos los momentos de cualquier jornada laboral.

Esta dificultad no reside tanto en las obligaciones técnicas de PRL que tenga el trabajador designado como tal que será fácil diferenciar de sus obligaciones laborales no preventivas. El problema reside más bien en esas obligaciones que adquieren los

⁸²⁴ GARCIA NINET, J.I., (dir.), *Manual de Prevención de Riesgos Laborales (Seguridad, higiene y Salud en el trabajo)*, Barcelona, Atelier, 3º ed, 2012, pp. 339.

trabajadores designados de manera genérica cuando son nombrados como tales, como, por ejemplo, en las obligaciones de colaboración, supervisión, control, etc., que el trabajador designado adquiere, no por imposición legal, sino por el propio acto de delegación de funciones que realiza el empresario y que es consecuencia, además, de esa formación de carácter técnico que le hace ser poseedor de las capacidades adecuadas para cumplirlas correctamente. En estos casos, será fácil extender tales obligaciones del trabajador incluso a la esfera de su actividad laboral, no como prevencionista sino como trabajador común, configurándola como una obligación del art. 29 LPRL pero en cierto modo intensificada. Así pues, el trabajador designado, aun cuando lo sea durante un tiempo de su jornada, tiene un especial deber de cuidado generado por el propio acto de la designación, y que le coloca en una especial posición obligacional.

Pues bien, teniendo claro que el trabajador designado tendrá las mismas obligaciones técnicas que cualquier técnico de prevención, sólo limitadas por su capacitación y por la elección organizativa de empresario, hay que recordar las obligaciones intrínsecas que tendrá como consecuencia de esa atribución de funciones técnicas que le colocan necesariamente en una posición en la empresa diferente a la de un trabajador común. Tanto es así que el trabajador designado adquiere la condición práctica de un mando intermedio; no por cuestión de jerarquía, sino por atribución de funciones específicas (por la delegación de funciones que se articula por la vía del contrato de trabajo, o por el acto de clasificación profesional, o por el propio acto de designación)⁸²⁵. Se trata en estos casos de unas obligaciones de vigilancia y control, exclusivamente en materia preventiva, e incluso de poderes decisionales, cuando así se haya previsto en el acto de delegación de funciones.

El trabajador común tiene, en materia preventiva, las obligaciones de obediencia y colaboración (art. 29 LPRL). Estas obligaciones, y concretamente la de colaboración, se ven intensificadas para el supuesto de trabajadores con funciones preventivas, a los que, por un acto de delegación de funciones, se les atribuye la de cooperación, vigilancia y control. Este acto de delegación de funciones debe cumplir con los elementos necesarios para que se considere efectiva y que, por tanto, pueda generar obligaciones y responsabilidades (ver al respecto lo establecido en el capítulo II). En el caso de no cumplirse tales requisitos se estaría ante una delegación de ejecución, es decir, simplemente un encargo técnico. Conviene recordar aquí de forma muy sintética los requisitos que se exigen para la delegación de funciones: profesionalidad y experiencia del delegado; encomienda al delegado de poderes de gestión y control de las funciones delegadas; y atribución de medios para poder llevar a cabo tales funciones. Además, en su caso, de otros requisitos como la justificación en la

⁸²⁵ NAVAS-PAREJO ALONSO, M., *Obligaciones y Responsabilidades de los trabajadores en materia de seguridad y salud laboral*, op. Cit., pp. 163-167.

necesidad de la delegación, la imposibilidad del empresario de cumplir por sí mismo las obligaciones por la complejidad y amplitud de la empresa, etc.

Por último, hay que señalar que, según la opción mantenida en este trabajo, la existencia de trabajador designado, de una u otra forma, es imprescindible en todas las empresas. En el caso de que la empresa opte por acudir a un SPA o a un SPM, necesitará de un interlocutor que favorezca la efectividad de las acciones establecidas por el SPA. Precisamente cuando un SPA establece una planificación de la actividad, ésta debe ser aplicada internamente por la propia empresa a través de la figura del trabajador designado, algo que podrá llevar a cabo mediante el ejercicio de su poder de decisión delegado, y que él no podrá hacer el SPA, porque que carece de funciones directivas en el seno de la empresa⁸²⁶.

4. ASUNCIÓN DIRECTA DE LAS ACTIVIDADES PREVENTIVAS POR EL EMPRESARIO

4.1. La libertad del empresario para elegir la modalidad organizativa de asunción propia de la prevención de riesgos laborales

La asunción directa y personal de la organización de la actividad preventiva es una de las posibilidades que la Ley ofrece al empresario para cumplir con su obligación de seguridad. Se trata de una alternativa caracterizada, aparentemente, por la sencillez, abierta a las empresas de hasta 25 trabajadores como una forma de facilitarles el cumplimiento de las obligaciones de prevención. Con ello se cumple el objetivo marcado por el art. 118. A del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, y por el art. 7.7 de la Directiva Marco 89/391/CEE, de 12 junio, de no sobrecargar a ciertas empresas y liberarlas de determinados costes y cargas tanto económicos como humanos⁸²⁷. Tal y como queda configurada por la norma, se debería tratar, en principio, de una modalidad excepcional. Sin embargo, teniendo en cuenta la composición y tipología del empresariado español del que más de un 85% de las empresas registradas son empresas de menos de 10 trabajadores (o microempresas) o de menos de 50 trabajadores (pequeñas empresas), dando empleo a casi el 60 por 100 de los trabajadores afiliados a la Seguridad Social⁸²⁸, la excepción podría convertirse en una de las modalidades más utilizadas.

⁸²⁶ MADARÁS PLATAS, E., *Los servicios de prevención ajenos*, Boletín de Prevención de riesgos Laborales, Aranzadi Social, Tomo I, 2004 (versión electrónica).

⁸²⁷ SEMPERE NAVARRO, A. V., GARCÍA BLASCO, J.; GONZALEZ LABRADA, M. y CARDERNAL CARRO, M., *Derecho de la Seguridad y Salud en el Trabajo*, Madrid, Civitas, 3ª ed., 2001, pp. 268.

⁸²⁸ Estadísticas obtenidas de la Subdirección General de Estadística de la Seguridad Social; Un análisis en profundidad y actualizado puede encontrarse en GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P., “La situación de la Pyme en el mercado de trabajo en España”, en MERCADER UGUINA, J. R. (dir.), *Las relaciones*

Estos datos pueden significar que muchas de estas empresas, siempre que obviamente cumplan con los requisitos establecidos, podrían organizar la prevención mediante un sistema de asunción propia a través del empresario. Y se dice que podrían porque esta es una modalidad de uso voluntario para las empresas; es decir, el empresario tiene absoluta libertad para decidir, cumpliendo los requisitos, si quiere acudir a alguna de las modalidades organizativas que la ley establece y que se han analizado con anterioridad o si quiere asumir personalmente las actividades preventivas. Ahora bien, esta libertad, como ocurre con el resto de modalidades, queda condicionada al cumplimiento de una serie de requisitos que se configuran como de estricta observancia, no admitiendo fisuras y debiendo ser interpretados en función de la finalidad más correcta de la aplicación del deber de seguridad con el objetivo de proteger el bien jurídico vida y salud de los trabajadores en el ámbito laboral.

Son los arts. 30.5 LPRL y 11 RSP los que contienen la regulación de este sistema organizativo. Pese a que en el texto inicial de la LPRL ya se recogía la posibilidad de que el empresario asumiera directamente la función preventiva, tanto el RD 337/2010, de 19 de marzo⁸²⁹, primero, como la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, han venido a modificar esa regulación inicial de los requisitos y han ampliado las posibilidades para que las empresas, que voluntariamente quieran, puedan acogerse a tal opción organizativa; debiendo, como se sabe, optar en caso contrario por alguna de las otras fórmulas permitidas por la Ley). Como ya se ha comentado en alguna ocasión, esta nueva regulación es una manifestación del intento de consecución de los objetivos establecidos en la Estrategia Española de Seguridad y Salud (2007-2012) que busca la utilización de recursos propios de la empresa en el intento de evitar una excesiva externalización de la prevención. No obstante, y pese a la apariencia de acierto de la nueva redacción de los preceptos, son muchos los problemas que plantea esta modalidad organizativa, de forma que no queda tan claro que se dé cumplimiento a los objetivos que subyacen a estas estrategias.

Varios son los requisitos que deben cumplirse para que el empresario pueda optar por asumir personalmente la actividad preventiva. Por un lado, la empresa, como tal, debe cumplir una serie de características que la hagan susceptible de tal modalidad. En concreto, debe ser una microempresa o una empresa pequeña (con una plantilla máxima de 25 trabajadores)⁸³⁰ que, además, no podrá dedicarse a actividades que se

laborales en las pequeñas y medianas empresas. Problemas actuales y perspectivas de futuro, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 15-44

⁸²⁹ MERCADER UGUINA, J. R. y MORENO SOLANA, A., *Calidad en el trabajo y reformas legislativas en materia de seguridad y salud*, Relaciones Laboral, núm. 1, 2010, pp. 1145-1172.

⁸³⁰ La referencia de la microempresa o de la pequeña empresa se toma de la *Recomendación de la Comisión de 6 de mayo de 2003 sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas (Diario Oficial de la Unión Europea L124/36, de 20 de mayo de 2003)*. En la determinación de la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas es necesario seguir el criterio del número

consideren peligrosas, tomando como referencia el Anexo I RSP. En relación con el tamaño de la empresa, la cuestión más problemática gira en torno a la contabilización de trabajadores y a la determinación del centro de trabajo o de la empresa como unidad de imputación objetiva, tanto para realizar el sumatorio de trabajadores, como para entender cumplido el requisito de habitualidad de la actividad del empresario.

Por otro lado, deben concurrir en el empresario unas circunstancias sin las cuales, pese a que haya voluntad de asumir la prevención no podría organizarse de este modo y que se sintetizan en la capacidad personal del empresario para desarrollar las actividades preventivas y en la habitualidad en el desarrollo de su trabajo en el centro de trabajo o en la empresa. Muchos son, sin embargo, los interrogantes que se suscitan en torno a estos dos requisitos. De una parte, el concepto de capacidad y el contenido de esa capacidad no queda limitado en la norma, aunque no parece que deba identificarse sólo con una formación preventiva, sino que deberá ser algo más amplio, teniendo en cuenta la formación pero también el tiempo de dedicación, los medios jurídicos y materiales, los conocimientos especiales requeridos por determinadas actividades así como otra cuestión que pueda dar lugar a la calificación de suficiencia o insuficiencia de esa capacidad. De otra parte y en relación con la habitualidad, dos son las cuestiones: saber exactamente qué se puede considerar desarrollo habitual de la actividad del empresario, y determinar si esa habitualidad hay que predicarla del centro de trabajo, que es lo que dice literalmente la norma, o habría que entenderla respecto a toda la empresa en el supuesto en el que tenga varios centros de trabajo.

La libertad del empresario para elegir esta modalidad como propia de la empresa, no sólo queda matizada por los requisitos que hay que cumplir, sino también por las actividades preventivas que puede verdaderamente realizar. Así, hay algunas actividades que, por exigencia de la Ley, no pueden ser llevadas a cabo por el empresario. Bien por exclusión expresa de la Ley, porque son peligrosas tanto porque son peligrosas (conectando esta prohibición con el Anexo I RSP), o porque son excesivamente complejas o incluso (no siendo las actividades relacionadas en el Anexo I RSP) peligrosas y que requieren y la intervención de profesionales o especialistas en prevención de riesgos laborales. Por lo que respecta, en concreto, a las actividades excluidas legalmente, se trata de todas aquellas que integran la actividad de vigilancia de la salud (art. 11.2 RSP), siendo dos, básicamente, las razones de esta prohibición legal: la primera, la imposibilidad de que el empresario conozca

de personas ocupadas, pero complementado con un criterio financiero: volumen de negocios y balance general anual. Esta definición no es aplicada en sus estrictos términos en el ámbito de la seguridad y salud en el trabajo, aunque siguiendo las recomendaciones de la Comisión Europea, debería ser importante tener en cuenta estos factores para que las medidas que se adopten a favor de las pymes presenten una mayor coherencia en todos los ámbitos y por tanto sean más eficaces. GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E., *Microempresas y centros de trabajo. Nuevas formas productivas y jurídicas*, Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, IUSTEL, núm. 18, 2008.

determinados datos de la salud de los trabajadores teniendo en cuenta la protección constitucional que se deriva del derecho a la intimidad; y, la segunda, porque es necesario que este tipo de actividades preventivas sean realizadas por personal sanitario, algo que no sucederá en la mayor parte de las ocasiones en las que el empresario, cumpliendo los demás requisitos, asume la prevención de riesgos de su empresa. . Y, en el caso de que excepcionalmente así sea, la protección del derecho a la intimidad del trabajador impide igualmente esa asunción por parte del empresario. En los siguientes epígrafes se irán analizando cada una de estas cuestiones. Pero, para llevar a cabo tal análisis y hacer una correcta interpretación, es necesario tener presente algunos elementos que se generan en torno a esta modalidad organizativa.

En primer lugar, que el empresario actúa como un técnico de prevención, figura respecto de la cual es indiscutible que pueda existir sólo cuando tenga la formación que le habilite como tal; por lo que, el empresario deberá ser un técnico de nivel básico, intermedio o superior en función de esa formación y de las características de la empresa. Obviamente, al concurrir en él la cualidad de empresario, no se podrán tener en cuenta el resto de derechos, prerrogativas y garantías que se reconocen, como se ha visto ya, a los técnicos de prevención. A saber, no se le podrán aplicar las garantías de los delegados de prevención al no quedar comprometida la independencia por el superior jerárquico, simplemente porque éste no existe ya que coinciden ambas caracterizaciones en una misma persona que no es otra que el empresario. Sin embargo, esto supone un problema derivado, y es que, el principio de independencia queda desvirtuado completamente por la pérdida de objetividad. Si la garantía de este principio se lleva a cabo precisamente para que el empresario no pueda tomar represalias respecto a quienes le indican qué hacer en materia de seguridad y salud de sus trabajadores, cuando es el empresario el técnico, él decide qué, cómo y cuándo hacer, sin que haya nadie que le pueda contradecir. La inexistencia de una instancia técnicamente independiente del titular de la explotación o empresario hace que el técnico encargado de las tareas preventivas (es decir, el empresario) sea a la vez el propio deudor de seguridad lo que puede hacer que relegue a un segundo plano las obligaciones en materia de prevención y se preocupe más por atender los aspectos de la producción empresarial⁸³¹. Esto es lo que ha llevado a la doctrina a entender que se trata de la fórmula menos garantista⁸³²; algo que choca frontalmente con las últimas modificaciones legislativas que le dan más peso y valor a esta fórmula.

⁸³¹ AGRA VIFORCOS, B., “Prevención de Riesgos Laborales en Microempresas”, en FERNANDEZ DOMÍNGUEZ, J. L. (Coord.), *Prevención y Dimensión de la Empresa*, Valladolid, Consejería de Economía y Empleo, Junta de Castilla y León, 2008, pp. 276-277.

⁸³² SALA FRANCO, T., *Derecho e la Prevención*, op. Cit., pp. 42-43 y 123; GONZÁLEZ ORTEGA, S., *La organización de la prevención por el empresario: los servicios de prevención*, op. Cit., pp. 43; MORENO MÁRQUEZ, A. M., *Los servicios de prevención*, op. Cit., pp. 92; IGARTUA MIRÓ, M^a. T., *Compendio de Prevención de Riesgos Laborales*, Murcia, Laborum, 2000, pp. 213.

Otra de las cuestiones que habrá que tener presente es que esta modalidad requiere de la asunción personal por parte del empresario de las tareas preventivas, por lo que tendrá que ser el empresario quien desarrolle directamente esas funciones, lo que plantea algunos interrogantes. El primero está relacionado con la posibilidad de que el empresario pueda ser persona jurídica; cuestión que, siguiendo algunas voces doctrinales, no debería plantear problemas siempre que se pueda personificar al empresario identificando personalmente al empresario con el técnico o técnicos de prevención. El segundo de los interrogantes tiene relación con una práctica que está empezando a generalizarse. Se trata de que el empresario asuma la prevención formalmente pero derivando esa tarea a empresas de consultoría, asesoramiento y formación que son las que realizan en la práctica la tareas preventivas, aunque aparezcan simplemente como las asesoras de estos pequeños empresarios. Así, bajo la apariencia de empresas que le proporcionan al empresario las herramientas técnicas para autogestionar la prevención, lo que en realidad existe son un conjunto (cada vez más amplio) de empresas que realizan las actividades preventivas sin ser SPA. Aunque no parece que sea una práctica expresamente prohibida por la norma, quedando dentro de la libertad del empresario, sí debe afirmarse que queda al margen de la Ley ya que se trata de otra manera diferente de organizar la prevención que no encaja en ninguna de las fórmulas permitidas por la norma. Cuestión distinta es que se trate de una manera eficaz de llevar a cabo la prevención y de integrar la misma en las microempresas y pequeñas empresas; pero el matiz o la línea divisoria entre autogestión de la prevención y externalización es en estos supuestos muy débil y difuminada.

Por último, y dada la escasa e incluso a veces obsoleta regulación de esta modalidad (esto último referido al listado de actividades peligrosas del Anexo I RSP), hay que plantearse una posible regulación adaptada a sectores y empresas a través de los convenios colectivos. Como ya se ha dicho, el art. 2.2 LPRL establece la posibilidad de que los convenios desarrollen las disposiciones de carácter laboral en materia de prevención de riesgos laborales⁸³³, teniendo en cuenta que, tanto la LPRL como las normas que la desarrollan, tienen carácter de derecho necesario mínimo indisponible. Por tanto, la negociación colectiva podría ser útil para introducir requisitos que aclararan algunas de las cuestiones planteadas, de manera que estableciera los supuestos de actividades que no pueden ser objeto de asunción directa concretando el listado del Anexo I RSP, o las actividades que, aun asumiendo el empresario la

⁸³³ Norma que podía ser, en cierto modo innecesaria, por cuanto se trata de un contenido negocial que se deriva del art. 37 CE y que se recoge también en los arts. 82 y 85 ET. GETE CASTRILLO, P., *El papel de la negociación colectiva en la prevención de riesgos Laborales*, Relaciones Laborales, núm. 1, 1997, pp. 370-393; GONZALEZ ORTEGA, S., y CARRERO DOMINGUEZ, C., *La negociación colectiva sobre salud laboral a partir de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Cuadernos de Relaciones Laborales, núm. 14, 1999, pp. 49-68; NAVARRO NIETO, F., *El tratamiento de la prevención de riesgos laborales en la negociación colectiva*, Temas Laborales, núm. 75, 2004, pp. 11-58.

prevención, deban ser puestas en práctica por otra modalidad preventiva (en desarrollo el art. 11.2 RSP); o respecto de los medios materiales con los que el empresario debe contar para realizar él mismo las tareas preventivas; o en relación con la concreción de la formación, tanto previa como en prevención, que debe poseer el empresario en cada caso, etc.⁸³⁴.

4.2. Empresas y empresarios que pueden asumir la prevención

No es abundante la jurisprudencia que directamente ha tratado los posibles problemas suscitados por la asunción del empresario de la organización preventiva⁸³⁵. Históricamente no ha sido demasiado utilizada por las empresas, por lo que los problemas de su aplicación han sido mayoritariamente resueltos a través de los Requerimientos y las Actas de Infracción de la Inspección de Trabajo. Tan sólo un 15% de las empresas tenían, en el año 2009, esa fórmula organizativa⁸³⁶.

⁸³⁴ NORES TORRES. L.E., *La asunción de la organización preventiva directamente por el empresario*, Revista Alcor de MGO, núm. 4, 2005, pp. 22-23.

⁸³⁵ Sin embargo, algún ejemplo puede encontrarse al respecto: STSJ de Madrid, de 21 de octubre de 2005 (R°. 542/2005, sala de lo contencioso-administrativo): *“El Real Decreto 39/1997, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención (RSP), permite en su artículo 10 que dichos Servicios se organicen personalmente por el empresario, asumiendo él personalmente tal actividad, o bien que se designe a uno o varios trabajadores para llevarla a cabo, o bien que se constituya un Servicio de prevención propio, o finalmente que se recurra a un Servicio de prevención ajeno, pero en cualquier caso lo que queda meridianamente claro tanto de lo dispuesto en la LPRL en su artículo 30 como en el artículo 31 de aquélla, es que el Servicio de prevención, en cualquiera de las modalidades que adopte, es en relación a toda la actividad de la empresa, y no respecto de una obra o servicio determinado que aquella lleve a cabo, y además que las actividades de prevención de riesgos que corresponden al Servicio de prevención, sea cual sea, son actividades relativas a toda la actividad que lleva a cabo la empresa, es decir es una organización permanente de la empresa que la asesora en todo momento teniendo en cuenta los riesgos, determinando las prioridades en orden a las medidas a adoptar, e informando y formando a los trabajadores, de forma que ese carácter organizado, permanente y especializado de los recursos necesarios para el desarrollo de las actividades preventivas que impone la LPRL y desarrolla el RSP, impide considerar que Don Juan Pablo, administrador de la empresa recurrente, tuviera la condición de empresario que asume personalmente la actividad de prevención, por mucho que figure ocupando el puesto de trabajo de prevención en el Plan de Seguridad y Salud de la obra que llevaba a cabo la empresa con ocasión de la vista inspectora, y lo anterior no solo por lo que acabamos de decir, sino además porque el artículo 11 del RSP exige cuando el empresario asuma personalmente la actividad preventiva que se trate de una empresa, que no de un centro de trabajo, de menos de seis trabajadores, lo que no es el caso de la recurrente, y que tenga la capacidad correspondiente a las funciones preventivas que va a desarrollar, lo que pasa por haber recibido una formación en materia de prevención de riesgos laborales que se regula en los artículos 34 y siguientes del RSP, formación que evidentemente no tenía el Sr. Juan Pablo, por lo que el motivo no prospera”*.

⁸³⁶ Los últimos datos oficiales se pueden encontrar en el Observatorio del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, en línea:

Como ya ocurriera con el resto de las modalidades de organización, para la asunción por el empresario de las actividades preventivas es necesario el cumplimiento de varios requisitos. Por un lado, en las empresas deben concurrir una serie de características en cuanto al tamaño, a la existencia de uno o varios centros de trabajo y en relación con las actividades peligrosas que son o no admitidas para establecer esta fórmula. Por otro lado, también se extraen de la LPRL y del RSP un elenco de recursos con los que debe contar el propio empresario. Pero son muchas las dudas que se plantean en torno a cada una de esas características y requisitos y diferentes las interpretaciones que se han dado a lo largo de los años; todo ello incrementado por una serie de cuestiones adicionales que se han planteado y que cobran una especial relevancia en orden a aceptar esta modalidad organizativa de la prevención como viable. Algunas de esas cuestiones giran en torno a la propia consideración y definición de empresario, y a la posibilidad de desarrollar esta modalidad vía negociación colectiva.

4.2.1. Empresas: características que deben reunir

A) Tamaño de la empresa y centro de trabajo como elementos básicos

El art. 30.5 LPRL y el art. 11 RSP establecen la posibilidad de organizar la prevención mediante el propio empresario cuando las empresas sean pequeñas. El tamaño de las empresas se fija exclusivamente a estos efectos en función del número de trabajadores y no del número de centros de trabajo, del área de operaciones de la empresa (local, regional, nacional o internacional), o del volumen de beneficio o la magnitud de sus recursos económicos, criterios que podrían haberse teniendo en cuenta para determinar la adecuación de esta modalidad, pero que sin embargo, no se han mencionado. La razón por la que sólo se tiene en cuenta el número de trabajadores quizá sea porque el derecho de prevención de riesgos es un derecho que protege el bien jurídico de la vida de los trabajadores y de su integridad física. Razón por la que, a efectos de fijar la forma organizativa de la prevención, lo que se tiene en cuenta, como una constante, es la dimensión de la plantilla y el número de trabajadores de la empresa, reservando la asunción por parte del empresario para las empresas de menor dimensión y no dedicadas a actividades productivas consideradas peligrosas.

Las normas referidas establecen dos opciones diferentes en función del número de trabajadores. Así, puede asumir el empresario las funciones preventivas en microempresas de hasta 10 trabajadores, o en empresas pequeñas de hasta 25 trabajadores cuando ésta sólo tenga un único centro de trabajo. Si hay una norma donde los ámbitos empresa y centro de trabajo se mezclan, incluso llegando a confundirse, esa es el art. 11 del RSP. En este precepto, en el que se establecen una serie de requisitos para que el empresario pueda asumir él mismo la prevención en la empresa, por un lado, se contabilizan los trabajadores teniendo en cuenta el conjunto de la empresa, y por otro, se requiere que el empresario realice de forma habitual su actividad profesional en el centro de trabajo. A esto debemos añadir una reciente modificación normativa de la LPRL, de la mano de la Ley 14/2013, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, en la que se diferencia entre empresa y centro de trabajo, reconociéndose ahora la posibilidad de que en las empresas de hasta 25 trabajadores, sea el empresario quien asuma la prevención, siempre y cuando la empresa disponga de un único centro de trabajo.

En cuanto a las empresas que tengan hasta 10 trabajadores, para que el empresario pueda asumir la prevención deberá desarrollar de forma habitual su actividad en el centro de trabajo de que se trate. Y lo primero que hay que hacer es determinar qué ha de entenderse por “desarrollar de forma habitual su actividad profesional en un centro de trabajo”. Esto es así porque si esta exigencia se valora de forma estricta, habrá que concluir que sólo en aquellas empresas que tengan un centro de trabajo en las que el empresario desarrolle su actividad profesional podrá asumir éste las tareas de prevención. Sin embargo, parece que el legislador no estaba pensando en esta opción, sino que lo importante es que el empresario esté trabajando de modo habitual en los centros de trabajo de la empresa. Para este supuesto, aunque la empresa tenga varios centros, que sumen todos ellos hasta 10 trabajadores (lo que será poco habitual), lo relevante es que el empresario esté en contacto con todos y que realice su trabajo de manera directa y permanente también en todos ellos⁸³⁷, debiendo entenderse que, para las empresas de hasta 10 trabajadores, se sigue manteniendo el criterio anterior que no marcaba esta limitación a un solo centro de trabajo. De todo modos, lo más probable es que el centro de trabajo y empresa coincidan a la vista del número de trabajadores (hasta 10).

Un planteamiento diferente hay que hacer en el caso de empresas de más de 10 y hasta 25 trabajadores, ya que para estos casos el empresario deberá desarrollar también de forma habitual su actividad en el centro de trabajo, pero ahora sin que quepan posibles interpretaciones, ya que la propia norma ha establecido que este supuesto sólo se aplicará cuando la empresa tenga un único centro de trabajo. A este efecto, conviene

⁸³⁷ GONZALEZ ORTEGA, S. (Coord.), *Comentarios al Reglamento de Servicios de Prevención*, op. Cit., pp. 102.

recordar que, para la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), un centro de trabajo es aquel en el que se reúne a todos aquellos trabajadores dados de alta en un mismo Código Cuenta de Cotización (CCC), siendo indiferentes los lugares físicos en los que se trabaje, puesto que, como se ha dicho ya, el art. 1.5 ET lo define como “la unidad productiva con organización específica, que sea dada de alta, como tal, ante la autoridad laboral”. Por tanto, debe quedar claro que para que el empresario pueda asumir la prevención en empresas de más 10 y hasta 25 trabajadores no necesariamente ha de haber un único lugar de trabajo, puede haber varios siempre que se puedan considerar incluidos en un mismo centro de trabajo⁸³⁸.

Por lo que se refiere al cómputo de trabajadores, éste se hace respecto de la empresa al completo, independientemente del número de centros de trabajo, sin tener en cuenta al empresario aunque desarrolle su actividad en la misma⁸³⁹; Por otra parte, la actividad del empresario queda referida al centro de trabajo donde éste la realice. En el dilema entre la empresa o el centro de trabajo como la unidad sobre la que gira la posibilidad o no de asumir el empresario las tareas preventivas, parece que es la empresa en su conjunto la que debe tenerse en cuenta a estos efectos. Así pues, en cuanto al cómputo, dependerá de que la empresa tenga hasta 10 trabajadores independientemente de que tenga uno o varios centros de trabajo⁸⁴⁰, y, sólo si tiene más de 10 y hasta 25, se admitirá que el empresario desarrolle tales funciones cuando la empresa tenga un único centro de trabajo.

El desempeño habitual de la actividad del empresario viene referido al centro de trabajo, surgiendo el problema cuando se trata de una empresa pequeña con varios centros de trabajo. Al respecto hay varias interpretaciones. La primera se inclina por identificar empresa y centro de trabajo y, por tanto, entiende que el empresario puede asumir la prevención en el centro de trabajo donde habitualmente se encuentre⁸⁴¹. La segunda, se decanta por considerar indiferente que la empresa tenga un único centro de trabajo o varios, siendo lo único relevante que el empresario trabaje de modo habitual

⁸³⁸ Por ejemplo, podría considerarse un único centro de trabajo el caso de una empresa de transporte con varios vehículos y una o varias naves de garaje o almacén.

⁸³⁹ La norma cuando se refiere al cómputo habla solo de trabajadores por lo que el empresario no quedaría incluido en la suma. Así pues, deberán incluirse todas aquellas personas en las que concurren las notas de la laboralidad, y por tanto se consideren trabajadores por cuenta ajena, aunque en ellos pueda concurrir además otras condiciones, como por ejemplo es el caso de los socios trabajadores.

⁸⁴⁰ Si la empresa contase con más de un centro de trabajo, la suma de los trabajadores de los diferentes centros de trabajo deberá dar un resultado de hasta 10 trabajadores exactamente. GONZÁLEZ ORTEGA, S.; MORENO MÁRQUEZ, A. M. y FERNÁNDEZ PERDIDO, F., *Comentarios al Reglamento de los Servicios de Prevención (Real Decreto 39/1997, de 17 de enero)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, pp. 100; NUÑEZ GONZÁLEZ, C., *La evaluación de riesgos derivados del trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, pp. 44.

⁸⁴¹ Interpretación ajustada a la literalidad del precepto CABEZA PEREIRO, J. y LOUSADA AROCHENA, J. F. (coords.), *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Granada, Comares, 1997, pp. 219.

en la empresa en su conjunto y siempre que pueda tener cierta presencia y desarrollar con habitualidad su actividad en todos los centros de trabajo.⁸⁴²

Admitir en sus estrictos términos la afirmación de que el empresario desarrollará de manera habitual sus actividad en el centro de trabajo, supone admitir que, si la empresa tiene varios centros de trabajo, aunque la suma de trabajadores no alcance la cifra de 10, el empresario sólo podrá asumir la prevención en centro donde desarrolle su actividad, que, así dicho, será sólo uno⁸⁴³. Sin embargo, varias son las razones que fundamentan una posición diferente: la primera, los propios parámetros usados para definir la habitualidad, que implican continuidad y presencialidad, pero en ningún caso exclusividad, lo que lleva a entender que el empresario pueda desempeñar con cierta periodicidad su actividad en todos los centros de trabajo; y la segunda, la capacidad del empresario para actuar como prevencionista en todos los centros de trabajo, es decir, habría que valorar la posibilidad material de que el empresario pueda tener tiempo y capacidad para dedicarse a la prevención en todos los centros de trabajo. Lo que puede suceder cuando estos centros de trabajo no estén dispersos geográficamente y cuando no haya una excesiva complejidad en la estructura misma de los centros; pero más difícilmente en caso contrario. Lo relevante será la garantía de que el empresario tiene conocimiento inmediato del medio en el que desarrolla el trabajo, de los riesgos y peligros, y la garantía de que, gracias a su presencia física (en todos los centros), cuenta con la disponibilidad suficiente y adecuada para realizar las actividades preventivas⁸⁴⁴.

A modo de conclusión, cabe decir que una interpretación sistemática y conforme a la finalidad de la norma es la que entiende que se pueda asumir la prevención por el empresario cuando haya más de un centro de trabajo, siempre que la suma de trabajadores de todos ellos no supere los 10, y siempre que queden garantizados los principios de suficiencia y adecuación de esta modalidad organizativa teniendo en cuenta la ubicación geográfica y distancia entre los centros; y además si el empresario presta su actividad simultáneamente en todos ellos⁸⁴⁵. Esto es así por cuanto, aun

⁸⁴² GONZÁLEZ ORTEGA, S.; MORENO MÁRQUEZ, A. M. y FERNÁNDEZ PERDIDO, F., *Comentarios al Reglamento de los Servicios de Prevención (Real Decreto 39/1997, de 17 de enero)*, op. cit., pp. 102.

⁸⁴³ SEMPERE NAVARRO, A. V.; GARCIA BLASCO, J.; GONZALEZ LABRADA, M. y CARDENAL CARRO, M., *Derecho de la Seguridad y Salud en el Trabajo*, op. Cit., 269; NUÑEZ GONZÁLEZ, C., *La evaluación de riesgos derivados del trabajo*, op. Cit., pp. 46; AGRA VIFORCOS, B., “Prevención de Riesgos Laborales en Microempresas”, en FERNANDEZ DOMÍNGUEZ, J. L. (Coord.), *Prevención y Dimensión de la Empresa*, op. Cit., pp. 272-273.

⁸⁴⁴ GARRIGUES GIMÉNEZ, A., *La organización de la prevención en la empresa*, op. Cit., pp. 259.

⁸⁴⁵ SEMPERE NAVARRO, A. V.; GARCÍA BLASCO, J.; GONZALEZ LABRADA, M. y CARDENAL CARRO, M., *Derecho de la Seguridad y Salud en el Trabajo*, op. Cit., pp. 269; LUQUE PARRA, M., *La organización de la prevención en la empresa*, Valencia, tirant lo Blanch, 2001, pp. 31; DIAZ MOLINER, R., *Derecho de Prevención de Riesgos Laborales*, Volumen II, Madrid, Dijusa,

haciendo una interpretación literal de la norma, esta no prohíbe que la empresa conste de varios centros de trabajo; la segunda, ya definitoria, es que la propia norma establece la necesidad de que tenga un único centro de trabajo en empresas de hasta 25 trabajadores, por lo que, “a sensu contrario”, en las empresas de hasta 10 se permiten varios centros de trabajo. Así pues, puede concluirse a priori, y sin perjuicio de todo el análisis que se hará a continuación, que el empresario puede asumir la prevención en empresas pequeñas aunque tengan varios centros de trabajo, y no lo tendrá que hacer sólo en uno de ellos, sino que podrá asumirla para toda la empresa siempre que desarrolle su actividad profesional de forma simultánea en todos esos centros de trabajo

B) Las actividades peligrosas. Una referencia restrictiva y obsoleta

La LPRL y el RSP limitan la utilización de la modalidad de asunción por parte del empresario a las empresas que no desarrollen actividades consideradas peligrosas, entendiendo como tales las recogidas en el Anexo I RSP. Al respecto, también hay que remitirse a lo que ya se dijo en el apartado de actividades peligrosas del capítulo III de este trabajo. No obstante, es imprescindible traer aquí las conclusiones que allí se dijeron, para su aplicación a esta fórmula organizativa concreta.

En relación con la primera conclusión, y sobre el hecho de que la empresa no realice las actividades peligrosas en la totalidad del proceso productivo, la opinión defendida por la mayor parte de la doctrina se basa en que basta con que una parte del proceso se encuentre sometido a la aplicación del Anexo I para que el empresario no pueda asumir la prevención⁸⁴⁶. Al tratarse de empresas pequeñas es absolutamente razonable que si se utilizan agentes peligrosos o se realizan actividades peligrosas, éstas se lleven a cabo en prácticamente la totalidad de la empresa, por lo que sería inviable diferenciar y aceptar esta modalidad en esos supuestos. Además, cuando las empresas son pequeñas y se encuentran dentro de ese Anexo I lo que el legislador busca es que se organice la prevención sobre la base de personal experto y que el empresario sólo la asuma cuando se tratase de actividades poco peligrosas, sencillas y de escasa complejidad. Cuestión que no queda bien resuelta sólo con la aplicación del mencionado Anexo; lo que lleva al análisis de la segunda conclusión.

El Anexo I que entra en vigor en el año 1997 se configura como una norma obsoleta de difícil modificación, con el perjuicio, además, de que se trata de un listado cerrado. Como ya se dijo, no sólo es importante una revisión y actualización del Anexo,

1998, pp. 51: “aunque la empresa tenga más de un centro, ello no impide admitir una presencia habitual del empresario cuando la proximidad entre los mismos posibilite una atención simultánea”

⁸⁴⁶ SALA FRANCO, T., *Derecho de la Prevención de Riesgos Laborales*, Valencia Tirant lo Blanch, 8ª Ed, 2012, pp. 161.

debiendo abrirse a otras situaciones en las que pueden encontrarse pequeñas empresas en virtud de los procesos de subcontratación tan habituales, lo que seguramente debería llevar a considerarlas pequeñas empresas en el sentido y finalidad de la LPRL. Sin embargo, atendiendo sólo al Anexo I RSP y al número de trabajadores, el empresario podría asumir la prevención⁸⁴⁷ en empresas donde, en realidad, desarrollan su prestación de servicios más trabajadores debido a la subcontratación o donde se utilizan agentes o procedimientos de cierta envergadura y peligrosidad.

4.2.2. Empresarios: requisitos *sine qua non* que deben cumplir

Antes de entrar a valorar con detalle los requisitos que los empresarios deben cumplir de acuerdo con los arts. 30.5 LPRL y 11 RSP, resulta conveniente hacer un breve inciso sobre quiénes son, a efectos de estas normas, los empresarios.

Muchos son los conceptos de empresario que pueden encontrarse en las distintas normas y ramas del derecho⁸⁴⁸, y diferentes han sido los significados que se han ido dando a este concepto, desde la perspectiva laboral, a lo largo de la historia⁸⁴⁹. Hay varios elementos esenciales a la existencia misma de un empresario: el poder de control, la autoridad máxima, la responsabilidad final, el riesgo y la pérdida de capital, el beneficio, la dirección y organización, la condición de creador o ideador de la empresa, etc.,⁸⁵⁰. Así mismo, el empresario desarrolla una función empresarial, definida como la actividad humana intelectual que, a veces, puede calificarse como trabajo, que realiza una persona física de manera libre y sin imposiciones superiores⁸⁵¹. Así pues, tanto los elementos esenciales a la existencia de empresario como la función que desempeña resultan relevantes para determinar el concepto de empresario a efectos de que pueda asumir las actividades preventivas.

⁸⁴⁷ MORENO MARQUEZ, A. M., *Los Servicios de Prevención*, op. Cit., pp. 101; GONZÁLEZ CARBAJAL GARCÍA, J. M., *Aspectos Jurídico-Públicos de la prevención de riesgos laborales*, Madrid, Colex, 2000, pp. 138; NUÑEZ GONZÁLEZ, C., *La evaluación de riesgos derivados del trabajo*, op. cit., pp. 46.

⁸⁴⁸ Incluso desde el punto de vista económico se han producido diferentes acepciones y concepciones de empresario que han evolucionado y se han adaptado a los cambios sociales y las nuevas formas de empresa PRICE, C., *Los conquistadores de internet: pioneros de un nuevo espacio empresarial*, Prentice Hall, 2001.

⁸⁴⁹ AVILA ROMERO, M., *Concepto de empresario y trabajador en los riesgos profesionales*, Revista de Seguridad Social, núm. 21, 1984, pp. 27-47. Una concisa exposición sobre la evolución del concepto de empresario laboral puede verse en DESDENTADO DAROCA, E., *La personificación del empresario laboral. Problemas Sustantivos y procesales*, Valladolid, Lex Nova, 2006, pp. 47-76.

⁸⁵⁰ PEREZ CAMASELLE GARCÍA, M., *Empresario y función empresarial (I)*, Boletín Económico del ICE, núm. 2850, pp. XII.

⁸⁵¹ PEREZ CAMASELLE GARCÍA, M., *Empresario y función empresarial (II)*, Boletín Económico del ICE, núm. 2851, pp. IV

Desde el punto de vista laboral el concepto de empresario queda vinculado al hecho de la contratación de trabajadores, de forma que no podrá ser empresario laboral sin la existencia de estos trabajadores. Así pues, lo que se tiene en cuenta es su condición de empleador y no tanto la de empresario desde un punto de vista económico⁸⁵². Por tanto, el hecho de que el empleador sea el titular de una empresa en su sentido civil o mercantil, dirigida a producir bienes y/o servicios en el mercado, no es determinante para el Derecho del Trabajo en general. El empresario, en el derecho laboral, se define en el art. 1.2 ET, indicando que será toda persona física o jurídica, titular de una explotación, e incluso entidades sin personalidad, dentro de cuyo ámbito presten servicios uno o varios trabajadores. El concepto de empresario laboral gira en torno a la efectiva recepción del trabajo desarrollado por el trabajador por lo que será empresario aquel que se apropie de la utilidad patrimonial obtenida a través del contrato de trabajo⁸⁵³ y no sólo la persona que frente al trabajador actúa como empresario o el que aparentemente recibe y retribuye el trabajo⁸⁵⁴. Así pues, para identificar al empresario laboral, éste deberá ser quien tenga facultades sobre los medios patrimoniales, deberá asumir los riesgos propios del negocio y deberá poseer la capacidad de dirección y selección del personal⁸⁵⁵, y además, deberá encargarse de desarrollar esa función empresarial.

El problema radica en la traslación del concepto de empresario laboral a los efectos del art. 30.5 LPRL, planteando el problema de si sólo se admite al empresario como responsable de la prevención si es una persona física, o si, por el contrario, también puede admitirse a las personas jurídicas. A estos efectos, la Directiva Marco 89/391/CEE, en su art. 3. b), define al empresario como persona física o jurídica, lo que da cuenta de la intención del legislador europeo de no dejar fuera en el terreno preventivo a ningún tipo de empresas. Sin embargo esta referencia dual no se recoge en la LPRL que menciona sólo de forma genérica a la figura del empresario; de forma que, aplicando el concepto de empresario laboral, derivado principalmente del ET y de la doctrina, se podría llegar a la conclusión de que el empresario que puede asumir

⁸⁵² ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE M^a. E., *Derecho del Trabajo*, Madrid, Civitas, 2004, pp. 59: para quien el empresario es la parte del contrato que hace suyos originariamente los frutos del trabajo contractualmente prestado, obligándose a remunerarlos; BAYÓN CHACON, G. y PEREZ BOTIJA, E., *Manual de Derecho del Trabajo*, Madrid, Marcial Pons, 1964, pp. 292, que definen al empresario como el acreedor del trabajo y el deudor del salario; DE LA VILLA GIL, L. E., *Derecho del trabajo*, Esquemas, Universidad de Valencia, Facultad de Derecho, 1971, pp. 118, para quien la nota realmente configuradora del empresario no es la existencia de un establecimiento, sino el aprovechamiento, la dirección y la retribución o pago de la actividad libre que facilita al trabajador.

⁸⁵³ En aplicación de la teoría de la ajeneidad en la utilidad patrimonial que explica FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a. F., *Las transformaciones del empleador y sus consecuencias en el Derecho del Trabajo. Una jurisprudencia "lenta y suave"*, Relaciones Laboral, núm. 4, 2009, (versión electrónica)

⁸⁵⁴ DE LA VILLA GIL, L. E., "El concepto de empresario-empleador en Derecho del Trabajo", en BLASCO PELLICER, A. (Coord.), *El empresario laboral: estudios homenaje al profesor Camps Ruiz con motivo de su jubilación*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 17.

⁸⁵⁵ MERCADER UGUINA, J. R., *Lecciones de Derecho del trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, última edición, pp. 179.

las tareas preventivas puede ser tanto un empresario persona física (como única posibilidad lo consideró, en principio, la doctrina mayoritaria)⁸⁵⁶, como jurídica (como considera otra parte de la doctrina al entender que una interpretación restrictiva limitaría en exceso la aplicación de esta modalidad organizativa)⁸⁵⁷), pero siempre que se den ciertos elementos en alguna persona física a la que se pueda denominar empresario, aunque pueda haber más de uno.

Para dar una respuesta correcta a esta cuestión, es necesario definir el concepto de empresario en el ámbito de la organización de la prevención de riesgos, y concretamente para la asunción de la prevención, partiendo de la confluencia a efectos de dicha definición de los conceptos funcional y laboral de empresario; lo que da como resultado una apertura de las posibilidades de uso de la fórmula organizativa que se está analizando ya que se amplía el propio concepto de empresario. De manera que éste será, a efectos preventivos, la persona física que tenga el poder de dirección y control de la actividad empresarial (de los trabajadores y de los medios de producción) siendo la persona que arriesga un capital y que obtiene beneficios o pérdidas, teniendo trabajadores a su cargo, que dependen de él y llevando a cabo su actividad en la empresa, donde la realizará con habitualidad. En consecuencia, empresario es quien controle la sociedad⁸⁵⁸, pero que además trabaje dentro de ella; de manera que la forma de la empresa no será relevante siempre que se pueda personificar la figura del empresario⁸⁵⁹ y éste cumpla los requisitos exigidos para asumir la tarea preventiva.

⁸⁵⁶ FERNÁNDEZ MARCOS, L., *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y normativa reglamentaria*, 2ª ed., Madrid, Dykinson, 2001, pp. 161. GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J., *Comentarios a la Ley 31/1995 de prevención de riesgos laborales*, Madrid, Trotta, 1996, pp. 168.

⁸⁵⁷ SALA FRANCO, T., *Derecho de la Prevención de Riesgos Laborales*, op. cit., pp. 122; SEMPERE NAVARRO, A. V., GARCÍA BLASCO, J.; GONZÁLEZ LABRADA, M. y CARDENAL CARRO, M., *Derecho de la Seguridad y Salud en el Trabajo*, op. Cit., pp. 269; GARRIGUES GIMÉNEZ, A., *La organización de la prevención en la empresas*, Castellón, Universidad Jaume I, 1997, pp. 252 y 298.

⁸⁵⁸ MARSHALL, A., *Principios de economía*, Madrid, Aguilar, 4ª ed., 1963, pp. 252-254: Para hablar de propiedad del capital habría que considerar a los accionistas que tienen un porcentaje importante del capital y que entonces podrán ejercer una regulación efectiva e inteligente sobre la dirección general de la empresa. Por su parte, la LGSS en su Disposición Adicional 27 sobre el campo de aplicación del Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos, viene a concretar la posición de control efecto cuando las acciones o participaciones supongan la mitad del capital social. Además existe una presunción iuris tantum de que se posee el control efectivo de una sociedad cuando: “1º. Que, al menos, la mitad del capital de la sociedad para la que preste sus servicios esté distribuido entre socios, con los que conviva, y a quienes se encuentre unido por vínculo conyugal o de parentesco por consanguinidad, afinidad o adopción, hasta el segundo grado. 2º. Que su participación en el capital social sea igual o superior a la tercera parte del mismo. 3º. Que su participación en el capital social sea igual o superior a la cuarta parte del mismo, si tiene atribuidas funciones de dirección y gerencia de la sociedad”.

⁸⁵⁹ Algo que en una empresa de escasas dimensiones, en principio, no debería conllevar ningún problema. DESDENTADO DAROCA, E., *La personificación del empresario laboral. Problemas Sustantivos y procesales*, op. Cit., pp. 45-47: “Durante las últimas décadas el problema no consiste

Ahora bien, no todos los empresarios personas jurídicas deben estar habilitados para ello, pareciendo lógico que lo sean las sociedades con un marcado carácter personalista, con dedicación personal de los socios a la gestión social, gestión que en el ámbito preventivo se va a identificar con el desarrollo habitual de la actividad profesional en la empresa; siendo necesario que, en concreto, la persona que vaya a asumir la responsabilidad de la modalidad preventiva sea el administrador de la sociedad⁸⁶⁰. En consecuencia, es claro que en las sociedades unipersonales es fácil la identificación de la persona jurídica y la persona titular que asumiría la prevención; mientras que, en otro tipo de sociedades, la identificación o personificación del empresario podría hacerse respecto de quienes controlen efectivamente la sociedad, pudiendo cualquiera de sus titulares asumir la función preventiva⁸⁶¹, o incluso se podría plantear que pudieran asumirla entre varios de los titulares considerados empresarios cuando cumplen con los requisitos establecidos a estos efectos, y todos ellos desarrollan de manera habitual su actividad en la empresa.

A) Habitualidad en el desarrollo de la actividad profesional

El empresario que quiera asumir las tareas preventivas debe, en primer lugar, desarrollar de forma habitual su actividad en el centro de trabajo. Lo que fuerza a establecer qué es exactamente “realizar de forma habitual su actividad”. La habitualidad es un requisito o condición usada en distintos ámbitos jurídicos, pero donde ha adquirido mayor relevancia es, de una parte, para fijar el concepto de trabajador por cuenta propia a efectos de su inclusión en el Régimen Especial de la Seguridad Social de Trabajadores Autónomos, y, de otra, en relación con el impuesto sobre actividades económicas y el impuesto sobre el valor añadido (art. 4 Ley 37/1992, de 28 de diciembre), respecto del cual hay que destacar algunas respuestas a consultas realizadas a la Dirección General de Tributos en las que se establece que la habitualidad que determina la sujeción al IVA de un servicio, consiste en la realización continuada de operaciones sujetas a IVA, siendo el termino continuidad entendido como la realización ordinaria y frecuente de una prestación de servicios a título oneroso⁸⁶².

tanto en delimitar un concepto de empresario como en hacer frente al desafío que las normas formas de empresas y de actuación empresarial están produciendo en el marco de la asignación de responsabilidades laborales”.

⁸⁶⁰ GONZÁLEZ CARBAJAL GARCÍA, J. M., *Aspectos Jurídico-Públicos de la prevención de riesgos laborales*, op. cit., pp. 139-140.

⁸⁶¹ Sería el caso, por ejemplo, del socio accionista mayoritario LUQUE PARRA, M., *La organización de la prevención en la empresa*, op. Cit., pp. 28-29. Este autor, propone, con gran acierto, la aplicación de las normas de seguridad Social sobre los administradores sociales en función de su participación en el capital social. De la misma opinión IGARTÚA MIRÓ, M^a. T., *Manual del Servicio de prevención*, Madrid, Tecnos, 2002, pp. 43-44.

⁸⁶² CABRERA FERNÁNDEZ, J. M., *Todo IVA 2008*, Valencia, CISS, 2008, pp. 31.

Volviendo al ámbito de la Seguridad Social, la habitualidad se identificó en un principio con actividad principal del sujeto por lo que se equipara habitualidad con medio fundamental de vida; también como una especie de exclusividad entendida como trabajo personal sin contar con la participación en el mismo de otras personas⁸⁶³; o, recurriendo a módulos retributivos, de forma que el montante de la remuneración del trabajo, al guardar una relación estrecha con el tiempo dedicado a la actividad, puede ser un indicador fiable de habitualidad según el nivel de tales ingresos⁸⁶⁴. Sin embargo, de forma más reciente, la habitualidad existe cuando el trabajador autónomo desarrolla efectivamente una actividad, siempre que la misma sea profesional, es decir con entidad suficiente⁸⁶⁵. Así pues, el elemento relevante será la consistencia o entidad de la actividad profesional desarrollada, independientemente de que sea el medio fundamental de vida e independientemente de los ingresos obtenidos. Trasladando algunas de estas consideraciones al ámbito de la prevención de riesgos laborales, y concretamente a la habitualidad necesaria para que el empresario lleve a cabo actividades preventivas configurando así la específica modalidad organizativa, se podrían establecer una serie de indicios para entender concurrente la nota de habitualidad. Si habitualidad es “la cualidad de habitual”, y habitual indica “que se hace, padece o posee con continuación o por hábito”⁸⁶⁶, puede ser entendida como la ejecución continuada de una actividad que implica cierta periodicidad en el ejercicio de la misma. Aunque habitualidad no puede implicar exclusividad, tampoco puede tratarse de algo que se realiza de forma esporádica, sino con frecuencia; es decir, que la habitualidad debe implicar cierta profesionalidad, que existe cuando la actividad se realiza de manera estable y continuada y que debe ser entendida aquí como un propósito de dedicación o de realización de la tarea de manera permanente de la que se deriva una remuneración o lucro⁸⁶⁷.

Así pues, teniendo en cuenta todo lo anteriormente dicho, un empresario podrá asumir la actividad preventiva cuando desempeñe su trabajo dentro del centro de trabajo o de la empresa de manera periódica y con cierta frecuencia. No es necesario que se trate de la actividad principal del empresario (por lo que no se puede identificar con medio

⁸⁶³ Ha habido una tendencia de algunos jueces a la equiparación. STSJ de Castilla y León, de 12 de enero de 2001 en la que la habitualidad es entendida como trabajo persona del autónomo lo que denota que el propio autónomo ejerce la actividad de manera habitual.

⁸⁶⁴ STS de 29 de octubre de 1997 (R°. 406/1997, sala de lo social); STSJ de Castilla y León, de 22 de enero de 2001 (R°. 2670/2000, sala de lo social); STSJ de País Vasco, de 3 de junio de 2003 (R°. 872/2003, sala de lo social)

⁸⁶⁵ En este sentido se produjo el cambio normativo que introdujo el sistema especial para el trabajador por cuenta propia agrario donde se determina la realización de forma personal y directa de las labores agrarias en la explotación a través de la Ley 18/2007, de 14 de julio.

⁸⁶⁶ Definiciones dadas en el Diccionario de la lengua Española de la Real Academia Española

⁸⁶⁷ LOPEZ ANIORTE, Mª C., *La notas de “habitualidad” y “medio fundamental de vida” delimitadoras del ámbito subjetivo del REA: una reforma normativa pendiente*, Actualidad Laboral, núm. 38, 2002, pp. 853-854.

fundamental de vida) ni que el empresario no pueda llevar a cabo otras actividades en otros lugares. Habitualidad en la actividad del empresario conlleva cierta periodicidad y profesionalidad, no en el ejercicio de las actividades preventivas sino en el trabajo que propiamente desarrolla el empresario dentro de su empresa. Por tanto, para garantizar la eficacia y adecuación de las medidas preventivas, es necesaria la existencia de cierta presencia continuada en el centro de trabajo o centros de trabajo, que permita al empresario un contacto con los trabajadores y con las condiciones laborales. Esta es la única manera de garantizar que el empresario accede a ese conocimiento y que tiene el tiempo para dedicarse a las tareas preventivas que ha asumido voluntariamente⁸⁶⁸.

Para entender la habitualidad en esta modalidad organizativa es necesario ponerla en conexión con el centro o los centros de trabajo con los que cuenta la pequeña empresa. Con la habitualidad se pretende una proximidad del empresario con el lugar de trabajo y sus riesgos, por lo que tal concepto de habitualidad permite un alejamiento circunstancial del lugar siempre que el centro de trabajo siga siendo el eje de gravedad de su actividad profesional. Algo que quizás pudiera plantear más problemas cuando la empresa tiene varios centros de trabajo, situación en la que el empresario podría, sin embargo, simultanear la atención preventiva en dos o más centros de trabajo, siempre que las circunstancias lo permitan ya que la normativa no exige explícitamente un tiempo de dedicación determinado, sino la dedicación de un tiempo suficiente⁸⁶⁹, y al mismo tiempo, la normativa no determina para empresas de hasta 10 trabajadores la necesidad de que sólo exista un único centro de trabajo.

B) La capacidad del empresario para desarrollar las actividades preventivas y la formación necesaria para realizarlas

De nuevo pocas son las referencias que se pueden encontrar sobre la capacidad y la formación que debe poseer el empresario para hacerse cargo de las tareas preventivas. Tan sólo el art. 30.5 LPRL establece que el empresario deberá contar con la capacidad necesaria, y el art. 11 RSP le exige la capacidad correspondiente al ejercicio de las funciones preventivas que vaya a desarrollar conforme a los arts. 35, 36 y 37 RSP.

⁸⁶⁸ IGARTÚA MIRÓ, M^a. T., *Manual del servicio de prevención*, op. Cit., pp. 42-43; NORES TORRES. L.E., *La asunción de la organización preventiva directamente por el empresario*, op. Cit., pp. 20; LOPEZ ROMERO GONZALEZ, M^a P., *La organización de la prevención en la empresa: los servicios de prevención*, Actualidad laboral, núm. 37, 1997, pp. 914.

⁸⁶⁹ Conclusiones absolutamente coincidentes con las establecidas por DIAZ MOLINER, R., *Derecho de la Prevención de Riesgos Laborales*, op. Cit., pp. 50-51.

Por lo que se refiere a la capacidad que ha de tener el empresario, ésta dependerá, de las características de la empresa y de los requerimientos de su actividad⁸⁷⁰, y además deberá contar con el tiempo adecuado y la posibilidad real de dedicarse a las actividades preventivas⁸⁷¹. Por tanto, esta capacidad no debe medirse sólo por la formación que haya recibido el empresario, sino que tendrá en cuenta otras variables que la determinen. Aunque es cierto que la formación es el elemento habilitante que abre la posibilidad al empresario de llevar a cabo esta modalidad organizativa de la prevención, habría que tener en cuenta el nivel de peligrosidad y complejidad de las actividades, la existencia de abundante subcontratación, o de rotación constante de trabajadores con elevados índices de temporalidad, y por supuesto, el tiempo con el que realmente cuenta el empresario para dedicarse a actividades preventivas.

El problema de la capacidad del empresario es que se trata de una variable complicada de medir, y que sólo podría ser valorada, en el mejor de los casos, por una auditoría externa, o por la ITSS, y en el peor, por los propios Tribunales. En cuanto a la auditoría, no siempre es obligatoria ya que el RSP ha previsto exenciones a estos efectos. Concretamente, y en lo que aquí interesa, las empresas de hasta 50 trabajadores que no realicen actividades del Anexo I RSP y cuando las actividades preventivas sean de escasa complejidad, podrán quedar exentas de la realización de la auditoría externa conforme indica el art. 29.3 RSP. De manera que se puede decir que, sin lugar a dudas, todas las empresas en las que la organización preventiva puede quedar en manos del empresario, quedan a su vez exentas de la auditoría externa. Por lo que difícilmente se podrá controlar por este medio si el empresario tiene una dedicación adecuada y la capacidad requerida para llevar a cabo las actividades preventivas.

Respecto de la formación, ya se ha dicho que es la llave que permite el acceso a la personificación de la organización preventiva en la figura del empresario. Sobre la formación hay que remitirse a lo que ya se dijo al respecto en los capítulos II y III. Pero además, y concretamente por lo que se refiere a la asunción por el empresario de las tareas preventivas, dos son los elementos o criterios a tener en cuenta para determinar la suficiencia de la formación del empresario y, por tanto, su capacidad para asumir las tareas preventivas: de una parte, en función de las actividades preventivas que vaya a desarrollar el propio empresario⁸⁷², y, de otra, en función de la peligrosidad y la complejidad de las actividades empresariales⁸⁷³.

⁸⁷⁰ MERCADER UGUINA, J. R., *El Reglamento de los Servicios de Prevención: crónica de una norma largamente esperada*, Relaciones Laborales, núm. 1, 1997, pp. 1129.

⁸⁷¹ Cuestión que, como se vio en el epígrafe anterior, exige como presupuesto que el empresario desarrolle su actividad profesional de forma habitual en la empresa

⁸⁷² LUQUE PARRA, M., *La organización de la prevención en la empresa*, op. cit., pp. 32.

⁸⁷³ SEMPERE NAVARRO, A. V.; GARCIA BLASCO, J.; GONZALEZ LABRADA, M. y CARDENAL CARRO, M., *Derecho de la Seguridad y Salud en el Trabajo*, op. Cit., pp. 269; NORES TORRES, L.E., *La asunción de la organización preventiva directamente por el empresario*, op. Cit., pp.

Una de las maneras por la que se puede saber cuáles son los riesgos de una empresa, su nivel de peligrosidad y su nivel de complejidad, y que permitiría determinar el alcance de necesario de la capacidad y formación del empresario es que contrate la realización de una evaluación de riesgos y de una especie de previo plan de prevención. Esta externalización permitida cuando se haga con un SPA, permite determinar con acierto cuáles son las actividades preventivas que puede llevar a cabo directamente el empresario, y por ende, cuál es la formación con la que necesita contar⁸⁷⁴. Así pues, el recurso a expertos externos se convierte en imprescindible, no tanto por imperativo de la Ley, que no lo dice expresamente y con esta claridad, sino por una derivación en la correcta aplicación de la misma. La determinación de la suficiencia de la capacidad y la formación que debe tener el empresario pasa, en consecuencia, por la realización de una inicial evaluación de riesgos y de la actividad empresarial y la determinación de las medidas que son necesarias, y así el empresario podrá decir cuál es el tipo de modalidad organizativa que más se ajusta a sus circunstancias empresariales.

4.3. Actividades preventivas que pueden realizar los empresarios y actividades preventivas prohibidas.

A continuación, el análisis se centra en las tareas y funciones preventivas que los empresarios pueden asumir dando contenido a la modalidad organizativa, y aquellas otras que de ninguna manera podría llevar a cabo de manera personal, y que deberá realizar a través de otras modalidades organizativas.

4.3.1. Funciones preventivas que pueden realizar los empresarios y criterios para determinarlas.

Como consecuencia de los requisitos que se han establecido para que el empresario pueda asumir la prevención de manera directa y personal, hay una serie de criterios en función de los cuales se establecen las actividades preventivas que el empresario puede asumir directamente y las que no va a poder llevar a cabo de manera personal.

El primero de los criterios gira en torno a la peligrosidad y complejidad de las actividades que se llevan a cabo en la empresa, y en este sentido, a los riesgos que conllevan esas actividades. No se está haciendo referencia aquí a las actividades peligrosas, respecto de las que existe una exclusión legal según la cual el empresario

22; GONZALEZ CARBAJAL GARCÍA, J. M., *Aspectos Jurídico-Públicos de la prevención de riesgos laborales*, op. cit., pp. 138.

⁸⁷⁴ LUQUE PARRA, M., *La organización de la prevención en la empresa*, op. cit., pp. 32-33

no puede ser la modalidad de organización preventiva. Se trata más bien de aquellas actividades productivas y riesgos que, no estando incluidas en el Anexo I RSP, sí que entrañan cierta peligrosidad o generan ciertos riesgos sobre los que hay que tener un determinado nivel de cuidado, unos especiales conocimientos para su tratamiento, o unos medios materiales y recursos para llevar a cabo el control y medición del riesgo.

Así pues, las actividades a desarrollar estarán limitadas por la propia formación que capacite al empresario, de tal suerte que podrá llevar a cabo las actividades preventivas correspondiente al nivel de formación (superior, intermedia o básica), aunque tendrá en muchos casos que acudir necesariamente a otras modalidades. Y no se debe partir de la convicción de que, al tratarse de pequeñas empresas no incluidas en el Anexo I RSP, no tienen una particular complejidad de riesgos en su proceso productivo, y, por tanto, es suficiente la realización de funciones de nivel básico al que corresponde una formación mínima⁸⁷⁵. Otro límite es la propia capacidad logística del empresario, esto es, el que cuente con los medios materiales para la medición y control de los riesgos que se hayan identificado en la evaluación de riesgos y en la planificación de la actividad preventiva. De manera que, en una empresa con importantes riesgos, puede admitirse la asunción de la gestión de los riesgos por el empresario si tiene los conocimientos, experiencia y medios precisos para ello, y, en cambio, en una empresa con riesgos livianos, el empresario no podrá asumir la gestión de la prevención, cuando no tenga los mínimos de capacidad y medios que se necesiten en función de esos concretos riesgos⁸⁷⁶.

En cuanto a las funciones preventivas que podrían realizar los empresarios, la Ley y el Reglamento manifiestan un silencio prácticamente absoluto al respecto. Este silencio podría solventarse mediante el recurso al art. 31 LPRL cuando establece un listado de funciones de los servicios de prevención. De todas ellas, el empresario no podrá llevar a cabo la vigilancia de la salud, e igualmente, no debe realizar la evaluación de riesgos previa que será la que determine los riesgos y el nivel de complejidad de la actividad empresarial y por tanto la formación y capacidad que es necesario tener para realizar las actividades preventivas. Así pues, eliminadas esas dos acciones preventivas, si se dan el resto de requisitos, el empresario asumirá las tareas que su capacidad e infraestructura le permitan, actuando, por tanto, no como empresario, sino como técnico de prevención.

4.3.2 Actividades preventivas que los empresarios no pueden realizar.

⁸⁷⁵ De opinión contraria FERNANDEZ MARCOS, L., “Comentario al artículo 30”, en *Comentarios a Ley de Prevención y normativa reglamentaria*, Madrid, Dykinson, 2ª ed., pp. 168-170.

⁸⁷⁶ DIAZ MOLINER, R., *Derecho de prevención de riesgos laborales*, op. Cit., pp.53.

Hay dos tipos de actividades preventivas que los empresarios no pueden realizar: la que afecta a una exclusión legal expresa, referida a la vigilancia de la salud; y la relativa a una exclusión tácita, que se deriva de la interpretación y aplicación de la Ley al mencionar las actividades que revistan especiales características y/o medios muy concretos. Esta segunda exclusión tanto puede llevar a imposibilitar plenamente la opción del empresario por asumir la organización de la prevención, como a que lo haga de forma parcial, teniendo que recurrir a otros sistemas organizativos.

A) Vigilancia de la salud: alcance total de la exclusión legal

Una de las actividades preventivas que, sin excepción, no podrá llevar a cabo directamente el empresario es la vigilancia de la salud. Como se ha mencionado en este trabajo, la vigilancia de la salud no es solamente una actividad preventiva consistente en la realización de reconocimientos médicos individuales de los trabajadores, sino que se configura como un conjunto de actividades y tareas tendentes a observar las condiciones de trabajo que pueden generar un riesgo para la salud del trabajador, y para controlar y cuidar a los trabajadores para que no reciban ningún daño de esas condiciones de trabajo. En definitiva, la vigilancia de la salud es la función de prevención de riesgos consistente en analizar las condiciones de trabajo y del estado de salud de los trabajadores con el objetivo de detectar los problemas de salud relacionados con el trabajo⁸⁷⁷. Vigilancia de la salud supone acceder a información sobre riesgos y daños que será analizada y después utilizada para modificar aquellas condiciones de trabajo que producen daños. Esta actividad es exclusiva del personal sanitario y por tanto está sometida a los principios de ética, confidencialidad e independencia. Además, la vigilancia comprende un análisis epidemiológico de las relaciones entre las exposiciones y los daños y una proposición de medidas preventivas. Así pues, el principal objetivo de la vigilancia de la salud es comprender mejor el impacto que tiene el trabajo sobre la salud de los trabajadores para mejorar las condiciones laborales. Esta vigilancia debe posibilitar la identificación rápida de los efectos adversos producidos sobre la salud de manera que se evite la producción o la agravación de un daño para la salud⁸⁷⁸. Cabe destacar la incidencia que ha tenido la entrada en vigor de las últimas normas en la existencia de ese contenido más amplio de vigilancia de la salud. Tanto es así, que el RD 843/2011 recoge tanto en su exposición de motivos como en su articulado la importancia de la

⁸⁷⁷BENAVIDES, F; RUIZ FRUTOS, C; GARCIA,A. M. y DELCLOS, Y. (et. al.), *Salud Laboral: conceptos y técnicas para la prevención de riesgos laborales*, Barcelona, Masson, 3ª ed., 2007, pp. 207; PEDROSA ALQUÉZAR,I., *El concepto de salud laboral y vigilancia de la salud*, Aranzadi Social, núm. 6, 2000, (versión electrónica).

⁸⁷⁸GARCÍA GÓMEZ, M; ESTEBAN BUENO,V.; GALIO FERNANDEZ,M.,(et al.), *La vigilancia de la salud de los trabajadores 12 años después*, Cuadernos de Relaciones Laborales, núm. 1, 2007, pp. 61.

vigilancia de la salud colectiva. En este sentido, recordar que la vigilancia de la salud colectiva no puede ser objeto de acuerdos de colaboración entre los servicios de prevención, por lo que deberá quedar integrada dentro de la empresa, otorgando así la importancia merecida a esta parte del contenido de tal actividad preventiva.

a) Breve referencia a la regulación y contenido de la vigilancia de la salud

La regulación de la vigilancia de la salud se concreta en el artículo 22 LPRL, que viene a ser la transposición del art. 14 de la Directiva Marco 89/391/CEE, teniendo como referente constitucional el derecho a la salud regulado en el artículo 43.1 CE que se ha desarrollado a través de la Ley 14/1986 de 25 de abril, General de Sanidad en cuyas actuaciones incluye la vigilancia de la salud de los trabajadores. Consecuencia de esa regulación normativa, así como de la jurisprudencia que se ha generado en torno a tal concepto y especialmente en lo que tiene que ver con los reconocimientos médicos individuales, se han establecido las características propias de esta actividad preventiva que vienen a completar su definición y que permiten entender el alcance de la misma y las razones de su prohibición para los empresarios. A continuación se hará un breve recorrido sobre esas características.

La vigilancia de la salud debe ser voluntaria para el trabajador y participada. Ello significa varias cosas. La primera que el empresario está obligado a poner a disposición de todos los trabajadores los reconocimientos médicos, sin embargo, el trabajador se someterá a ellos de manera voluntaria, salvo que concurran las excepciones establecidas en el propio art. 22 LPRL. Por otro lado, la empresa debe informar los representantes de los trabajadores de las medidas de vigilancia de la salud que vaya a adoptar, pudiendo llevarlas a cabo cuando los representantes emiten un informe al respecto⁸⁷⁹.

En relación con las excepciones a la voluntariedad, muchas han sido las páginas escritas por la doctrina y por los Tribunales. De manera resumida, recordar las palabras del Tribunal Constitucional que viene a reconocer la obligatoriedad de los reconocimientos médicos únicamente cuando concurren una serie de notas: la proporcionalidad del riesgo; la indispensabilidad de las pruebas; y la presencia de un interés preponderante o la existencia de una situación de necesidad objetivable. Así pues, los reconocimientos médicos no son un instrumento del empresario para llevar a cabo un control dispositivo de la salud de los trabajadores, como tampoco es una facultad que se le reconozca para verificar la capacidad profesional o la aptitud

⁸⁷⁹ No pueden esgrimirse la falta de informe como elemento impeditivo de la adopción de medidas de vigilancia de la salud cuando ello se debe exclusivamente a la decisión del órgano de representación de no hacerlo (STSJ de Castilla y León, de 27 de enero de 2011(Rº. 1465/2010, sala de lo social)).

psicofísica de sus empleados con un propósito de selección de personal o similar. El objetivo de la vigilancia de la salud debe ser exclusivamente el de configurarse como un derecho del trabajador que sólo puede venir restringido por las excepciones establecidas en la Ley⁸⁸⁰. Las excepciones pueden establecerse en los propios convenios colectivos, que aunque en términos generales no debe admitirse la legalidad de estas cláusulas de obligatoriedad, hay convenios colectivos que las regulan, incluso sin los matices necesarios⁸⁸¹.

Por otro lado, la vigilancia de la salud debe ser específica al riesgo laboral, debe estar planificada, ser periódica (prolongada en el tiempo) y completa, por lo que, además de los reconocimientos individuales, debe incluir la protección de los TES, así como de los trabajadores pertenecientes a los colectivos que pueden ser especialmente sensibles, y además se deben hacer análisis epidemiológicos de los resultados en cumplimiento de las previsiones de vigilancia de la salud colectiva, (artículo 37.3 f) RSP). En relación con estas cuestiones, simplemente tener presente que los reconocimientos médicos generalistas no son parte de la vigilancia de la salud laboral, de manera que estos reconocimientos generales son actos médicos que pretenden conseguir un mejor control de la salud de las personas a quienes se les practican y que estos obtengan un beneficio sanitario⁸⁸².

En cuanto a la periodicidad y su prolongación en el tiempo, la vigilancia de la salud debe abarcar una evaluación inicial de la salud; una evaluación periódica específica (que no tiene por qué ser en intervalos regulares); y una evaluación después de una ausencia prolongada en el tiempo. (art. 37.3 b) RSP). Además, hay supuestos específicos donde se contempla una evolución de la salud con posterioridad a la finalización de la relación laboral. (art. 37.3 e) RSP). Por último, la norma recoge la obligación de analizar los resultados de la vigilancia de la salud de los trabajadores y de la evaluación de los riesgos, con criterios epidemiológicos, por lo que no sólo habrá que hacer reconocimientos individuales. Así pues, el personal sanitario laboral deberá colaborar con el resto de los componentes del servicio para investigar y analizar las relaciones entre los riesgos profesionales y los perjuicios para la salud.

⁸⁸⁰ STC 196/2004, de 15 de noviembre; STSJ de Cataluña de 22 de enero de 2010 (R°. 7453/2008, sala de lo social).

⁸⁸¹ STSJ de País Vasco de 7 de abril de 2014 (R° 1153/2011, sala de lo social); existen algunas otras sentencias que admiten cláusulas que no realizan ningún tipo de juicio de proporcionalidad en función de los riesgos o las condiciones personales de los trabajadores : STS de 28 de diciembre de 2006 (R°. 140/2005, sala social); STSJ de Andalucía de 16 de febrero de 2012 (R°. 1230/2011, sala social), NAVARRO NIETO, F., *Los reconocimientos médicos como instrumentos de vigilancia de la salud laboral: condicionantes legales y jurisprudenciales*, AS, número 11, 2012, (versión electrónica)

⁸⁸² STS de 20 de julio de 2006 (R°. 195/2004. Sala de social) sobre revisiones ginecológicas bianuales de la empresa Tabacalera S.A.

Por lo que se refiere al contenido de las actuaciones que se integran el concepto de vigilancia de la salud, hay que tener en cuenta que por un lado, se encuentra la vigilancia de la salud individual y la vigilancia de la salud colectiva (art. 37.3 RSP y art. 3 RD 843/2011, de 17 de junio). Por lo que se refiere a la primera, fundamentalmente comprende los reconocimientos médicos individuales (tanto inicial como periódicos); el conocimiento de las enfermedades de los trabajadores a los solos efectos de identificar las mismas en relación con el trabajo; el análisis de los trabajadores especialmente sensibles y el control de los riesgos que les puedan afectar; y los primeros auxilios y atención de urgencia a los trabajadores. Por lo que se refiere a la vigilancia de la salud colectiva, esta queda referida en esencia al análisis de los resultados de los reconocimientos médicos pero con criterios epidemiológicos; a la realización de protocolos médicos específicos; a la relación de programas de información y formación; a la participación activa con el resto de los técnicos de prevención que compongan la organización preventiva de la empresa (ya sean internos o externos). Pues bien, teniendo en cuenta que estas son, grosso modo, las actuaciones que se derivan de la vigilancia de la salud, el empresario no podrá llevarlas a cabo, y ello porque como puede deducirse la vigilancia de la salud tiene un contenido muy específico, que requiere de una formación y de unos medios concretos, y porque la información obtenida y manejada adquiere la calificación de datos especiales que sólo pueden ser tratados por profesionales competentes. En el siguiente apartado se concreta esta afirmación.

b) Argumentos que justifican que el empresario no pueda realizar la vigilancia de la salud: el derecho a la intimidad y la capacidad y especialización formativa

Las razones por las que no es posible que el empresario asuma personalmente tal actividad son, en primer lugar, el respeto a la intimidad de los trabajadores, y, en segundo lugar, el hecho de que esta vigilancia tiene que hacerse por personal sanitario con competencia técnica, formación y capacidad acreditada y con los recursos materiales adecuados a las funciones que se vayan a desarrollar. No obstante, esta segunda razón podría ser prescindible por en cuanto la primera ya determina, por sí sola, tal imposibilidad. La vigilancia de la salud es una actividad preventiva que se tiene que llevar a cabo con el respeto al derecho fundamental de intimidad (y al de dignidad, con el que está conectado). Así pues, el desarrollo de esta tarea queda firmemente limitado por los contenidos de estos derechos constitucionales, así como el respeto a la confidencialidad de toda la información relacionada con la salud, que al fin y al cabo forma parte de ese derecho a la intimidad. El derecho a la intimidad queda regulado en el artículo 18.1 CE y en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, la intimidad y la propia imagen. De manera genérica, el derecho a la intimidad se vincula con la esfera más reservada de la

persona. Lo que ocurre es que se trata de un derecho condicionado por el carácter de la persona o el aspecto concreto de su vida que se ve afectado. Por ello, es por lo que el Tribunal Constitucional ha venido a decir en alguna ocasión que el alcance de la intimidad viene marcado por el propio afectado⁸⁸³.

La protección del derecho a la intimidad se muestra en diferentes ámbitos jurídicos: en el ámbito penitenciario, en los supuestos de control de paternidad, para los controles fiscales, y por supuesto, en el ámbito laboral. Concretamente, en lo que aquí se analiza, se trata de la conexión entre el derecho a la intimidad, en su vertiente de intimidad corporal, y la necesaria realización de los reconocimientos médicos y otras actividades de vigilancia de salud. En estos casos resultara imprescindible deslindar el control idóneo, necesario y equilibrado de la vigilancia de la salud, de aquellos que supongan injerencia en la intimidad de los trabajadores afectados de forma injustificada y desproporcionada⁸⁸⁴. El derecho a la intimidad se manifiesta de varias formas en relación con la vigilancia de la salud. La primera a través del establecimiento de controles voluntarios que sólo se convierten en excepcionales cuando se cumpla lo prescrito en la Ley (artículo 22.1 LPRL). La segunda, en el derecho del trabajador a la información en esta materia, es decir, el derecho a conocer el momento de realización de la vigilancia; el derecho a conocer el contenido de los reconocimientos y pruebas⁸⁸⁵; y el derecho a la información clara y veraz sobre los resultados, derechos todos ellos íntimamente relacionados con el consentimiento otorgado por el trabajador que debe considerarse un acto informado y pleno. La tercera manifestación del derecho a la intimidad se observa respecto a la necesidad de que las pruebas realizadas sean pertinentes y sean proporcionales al objetivo que se pretende⁸⁸⁶.

La cuarta manifestación se establece en torno a la confidencialidad de los datos relativos a la salud derivados de esa vigilancia respecto de los cuales la LPRL alude a las normas sobre protección de datos de carácter personal, en particular a la Ley 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal que ya se analizó en el apartado correspondiente. Por último, y estrechamente relacionado con esa protección de datos relativos a la salud de los trabajadores, se encuentra la última manifestación del derecho a la intimidad, que es precisamente el hecho de que el

⁸⁸³ STC 115/2000, de 5 de mayo; STC 83/2002; DIEZ PICAZO, L Y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de derecho civil*, Volumen I, 1989, pp. 356y ss. Los autores establecen la definición del derecho a la intimidad como “la esfera secreta de la propia persona que debe ser protegida contra las intromisiones e indagaciones ajenas”; HERRERA TEJEDOR, F. *La intimidad como derecho fundamental*, Madrid, Colex. 1998. Este autor afirma que el ámbito protegido por la intimidad es el conjunto de hechos y circunstancias de carácter privado, conocido por un número reducido de personas, respecto del que su titular posee un interés legítimo en evitar su divulgación.

⁸⁸⁴ STC 186/2000, de 10 de julio; STC 98/2006, de 10 de abril.

⁸⁸⁵ STC 196/2004, de 15 de noviembre; STC 207/1996, de 16 de diciembre. MARTINEZ FONS, D., *Intimidad y vigilancia de la salud del trabajador en la relación de trabajo (IBERIA). Comentario a la STCO 196/2004 de 14 de noviembre*, IUSLABOR, núm. 2, 2005, (versión electrónica).

⁸⁸⁶ STC 20/2002, de 28 de enero; STC 49/2003, de 17 de marzo.

empresario, no pueda asumir la actividad preventiva de vigilancia de salud y la necesidad de que deba subcontratarla con una entidad externa. Si el derecho a la intimidad, concretamente intimidad corporal, pretende proteger, en este caso, al trabajador del trasvase del conocimiento sobre el estado de salud del mismo al empresario, difícilmente podría conjugarse esto con el hecho de que asumiera la realización de tal vigilancia de la salud de forma directa, pese a que la Ley le permita asumir la prevención como modalidad organizativa. Se presta especial atención ya en la propia Exposición de Motivos de la LPRL a la protección de la confidencialidad y al respeto a la intimidad. Estos derechos pueden ser lesionados por la utilización indebida de los datos obtenidos en los reconocimientos, y es por ello, que el legislador establece unas reglas que son las que hacen que el empresario no pueda llevar a cabo las actividades de vigilancia de salud. La primera, la comunicación de los datos que hace que unas personas gocen del acceso directo y completo a la información derivada de las pruebas medicas, y que otros, entre ellos el empresario, sólo pueda conocerlas de manera indirecta y limitada. La segunda, la prohibición de uso discriminatorio o perjudicial de los datos obtenidos⁸⁸⁷.

La segunda de las razones por las que el empresario difícilmente podría asumir la vigilancia de la salud es porque rara vez se trata de un empresario que es personal sanitario, que a su vez reúne los conocimientos, y que tiene los medios para llevar a cabo esta actividad preventiva. No obstante, como ya se dijo, la primera de las razones ya es más que suficiente para que el empresario no pueda realizar la actividad de vigilancia de la salud, aunque tuviera los conocimientos, capacidad y medios necesarios para ello.

Por último, se plantea un tema complejo, que ya se apuntó en relación a los técnicos de prevención (ya sean trabajadores designados, o técnicos del servicio de prevención) y es el acceso a la información de salud de trabajadores que pueden ser calificados como sensibles, o de colectivos especialmente sensibles. El problema se agrava cuando el empresario se convierte en técnico de prevención y tiene que tomar la decisión como empresario y como técnico, para lo que necesita conocer con algo más de detalle lo que le ocurre al trabajador y no simplemente acceder al certificado de aptitud del mismo. Si el empresario es técnico, y el técnico debe tomar medidas para adaptar o cambiar de puesto en colaboración con el personal sanitario, difícilmente podrá hacerlo, si no tiene ciertos conocimientos sobre que le sucede al trabajador y qué opciones se pueden barajar para mejorar las condiciones laborales del mismo que le

⁸⁸⁷ Ningún dato puede ser usado en perjuicio del trabajador, aunque la aptitud laboral que se ponga de manifiesto con las pruebas puede obligar al empresario a cambiar de puesto, de centro o incluso a extinguir el contrato siempre y cuando se trate de una decisión justificada y se haga en beneficio del propio trabajador, de su salud CAVAS MARTINEZ, F., *Vigilancia de la salud y tutela de la intimidad del trabajador*, Aranzadi Social, núm. 19, 2004, (versión electrónica)

podieran estar perjudicando⁸⁸⁸. Así pues, se produce una confrontación de derechos, por un lado el derecho a la intimidad y por otro el derecho a que se tomen una serie de medidas preventivas para proteger la vida y la integridad física del trabajador. En este sentido, parece razonable que prime el derecho a la vida y la integridad física, y que por tanto, se ponga en conocimiento del empresario como técnico de prevención aquella información que resulte necesaria para el correcto cumplimiento el deber preventivo derivado en este caso del art. 25, 26 y 27 LPRL. Cuestión diferente será, que como consecuencia de esta información el empresario lleve a cabo alguna actuación susceptible de ser calificada de discriminatoria. En tales caso habrá que actuar por la vía de la vulneración de derechos fundamentales.

B) Otras actividades que pueden quedar excluidas

A medida que la actividad productiva de la empresa va adquiriendo mayor complejidad y se introducen elementos, agentes o procedimientos nuevos en el proceso, las actividades preventivas a realizar también suponen un mayor grado de especialización, lo que implica necesariamente, un nivel de conocimientos preventivos mayor y más específico, y, probablemente, la necesidad de más medios y recursos materiales para el análisis y para el control de los riesgos. Incluso, a veces, esto puede requerir un mayor tiempo de dedicación, lo que implica que, aunque el empresario desarrolle habitualmente su actividad en el centro de trabajo o empresa, ello no va a suponer que tenga los conocimientos, la especialización o el tiempo adecuado para el desarrollo de la prevención como técnico de la empresa.

Esta situación lleva indiscutiblemente a tener que afirmar la posibilidad de que el empresario asuma la prevención pero con carácter parcial. Así lo prevé ya el art. 11.2 RSP cuando dispone que aquellas actividades preventivas que no sean asumidas por el empresario deberán cubrirse acudiendo a otros sistemas de organización de la actividad preventiva. Por tanto, cuando un empresario no pueda asumir de forma total la actividad preventiva, ya sea porque, por ejemplo, se trata de una empresa inmersa en importantes procesos de subcontratación; o donde se introducen agentes físicos, químicos o biológicos que requieren un especial control o determinados conocimientos específicos; o simplemente cuando el proceso productivo adquiere un nivel cuantitativo y cualitativo mayor y el empresario no tiene la capacidad ni el tiempo adecuado para encargarse de todas las actividades preventivas, tendrá que acudir a otras modalidades, ya sea trabajadores designados, o servicios de prevención externos

⁸⁸⁸ MORENO SOLANA. A., *La prevención de riesgos laborales de los trabajadores especialmente sensibles*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.

o mancomunados(ya que en empresas pequeñas no tiene demasiada virtualidad la constitución de un SPP)⁸⁸⁹.

Sin embargo, el tenor literal de otro precepto del RSP induce a tener que pensar en una solución más restrictiva y de preferencia por la organización externa. En este sentido, el art. 16.1c) RSP viene a establecer la obligación de acudir a un SPA cuando se haya producido la asunción parcial del art. 11.2 RSP o del art. 15.4 RSP. Esta cuestión ya quedó analizada y tratada en el capítulo correspondiente al estudio del Servicio de Prevención Ajeno, donde se hacía primar una interpretación teleológica dada la contradicción entre los dos preceptos de un mismo cuerpo legal, poniendo en valor lo establecido en el art. 11.2. RSP, ya que nada debería impedir en una empresa pequeña en la que el empresario no asumiera todas las actividades preventivas, que lo hiciera un trabajador designado, o incluso, que pueda asumir la prevención el empresario y que acuda a un SPM, cuya naturaleza jurídica, no se olvide, es la de ser un SPP⁸⁹⁰. Además, esta opción es acorde con el propio principio de libertad de empresario para asumir la prevención de manera personal o acudir a otras modalidades, por lo que fijar la obligación de tener que acudir a un SPA contradice esa libertad del empresario.

⁸⁸⁹ IGARTÚA MIRÓ,M.T., *Manual del Servicio de Prevención*, op. Cit., pp.54-55.

⁸⁹⁰ Por el contrario, aceptando la previsión del artículo 16.1c) RSP: MORENO MÁRQUEZ,A.M., “Comentario al artículo 30 LPRL”, en, SEMPERE NAVARRO,A.V (Dir.), *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Aranzadi; Navarra, 2010, pp. 535. Sin embargo, una opinión crítica se puede encontrar en LUQUE PARRA, M., *La organización de la prevención en la empresa*, op. cit, pp. 34-35.

CONCLUSIONES

1.- La organización de la prevención es una obligación de prevención del empresario que forma parte del contenido de la obligación general de prevención de riesgos (art. 14 LPRL), por lo que es considerada una obligación instrumental. Si bien, debe ser considerada como la obligación instrumental por excelencia porque se configura como el conjunto de instrumentos de los que se sirve el empresario para el cumplimiento del resto de obligaciones de prevención. Como parte de esa obligación genérica, la finalidad se identifica con su objetivo, esto es la protección de la seguridad y salud de los trabajadores y del bien jurídico de la vida y la integridad física.

2.- El modelo de organización de la prevención impuesto por la normativa es un modelo estrictamente legal, que no admite ningún tipo de opción fuera de lo regulado en la LPRL y en el RSP. Es un modelo que pretende ser la trasposición de la Directiva Marco de Seguridad y Salud en el trabajo, aunque se aleja considerablemente de las prescripciones que norma comunitaria. Es un modelo que recoge ciertos elementos del sistema anterior presidido por los servicios médicos de empresa, pero que ha permitido la apertura de varias opciones de negocio, haciendo de la externalización la opción mayoritariamente seguida por las empresas en España. La integración de la prevención como obligación del empresario y de todos los que intervienen en la prevención de riesgos debe configurarse como un condicionante de la fórmula organizativa a favor de la internalización de la organización preventiva. Los recursos internos de la empresa, siempre que cumplan los requisitos de suficiencia y adecuación, son una garantía de mejor fórmula organizativa. La flexibilidad del empresario en la determinación de la fórmula supone una contravención a la Directiva Marco y las Directrices marcadas tanto por la Unión Europea como por los distintos agentes sociales. La preferencia establecida para la organización de la prevención interna queda completamente desvirtuada tras el análisis de cada una de las opciones, donde puede apreciarse la opción del legislador a favor de la externalización a través de entidades acreditadas queda patente. La priorización de unas modalidades sobre otras, y el elemento de la internalización de la prevención lleva a considerar el establecimiento de una necesaria jerarquía entre las modalidades de prevención internas, y la modalidad de prevención externa. Esta jerarquía permite determinar que fórmulas se aplican preferentemente y cuáles deben ser residuales o complementarias de la principal.

3.- Ese modelo legal es una limitación clara a la libertad de empresa desde diferentes perspectivas. El empresario queda condicionado por las modalidades organizativas reguladas en la norma. Sin embargo, dentro de ese margen, cuenta con una flexibilidad amplia para decidir la fórmula más adecuada. Pero la libertad de empresa no sólo se ve condicionada por la imposibilidad de organización a través de otros recursos u otras fórmulas, la prevención, sino que en cada una de las opciones que la Ley permite, se

ha establecido otros límites a este derecho. Así, en el caso de los SPA se trata de empresas fuertemente intervenidas por la administración. La función social que cumplen estas empresas y el interés general al que sirven, la seguridad y salud de los trabajadores, y por ende la vida e integridad física de los trabajadores, hace que tengan que pasar un proceso de acreditación sin la cual no pueden actuar en el mercado. La administración es quien debe certificar que se trata de entidades que cumplen con los requisitos de suficiencia y adecuación para prestar un servicio adecuado en las empresas. Respecto del SPP, si este cuenta con la especialidad de medicina del trabajo, también deberá solicitar la autorización sanitaria correspondiente. En el supuesto de los trabajadores designados, el empresario se encuentra la obligación de tener que darles la información que necesiten y además deberá respetar las garantías que les amparan. Y en el caso de que sea el propio empresario, su libertad de empresa quedará condicionada por los derechos de intimidad por lo que no podrán ejercer en ningún caso las actividades derivadas de la especialidad de medicina del trabajo,

4.- La fórmula organizativa elegida por el empresario debe constituir una modalidad adecuada, para lo que deberán establecerse los medios suficientes. El uso de conceptos jurídicos indeterminados hace que en cada caso, haya que llenarlos de contenido, para lo que será necesario analizarlos en cada una de las formulas organizativas previstas conforme a una serie de criterios o variables. El tamaño, los riesgos de las empresas y su distribución son los criterios que de manera expresa la norma tiene en cuenta para valorar la suficiencia de los medios empleados en la organización preventiva y la adecuación de la formula organizativa. El tamaño de la empresa debe valorarse teniendo en cuenta el número de trabajadores de la plantilla. Los riesgos de las empresas deben medirse, por un lado, teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada empresa, que se obtendrá a través de la evaluación de riesgos, y por otro mediante el establecimiento de actividad peligrosas, para lo que se tiene en cuenta el Anexo I RSP pero también otras referencias normativas. Por lo que se refiere a la distribución de los riesgos, es un criterio que va a tener en cuenta el elemento geográfico o la dispersión de los centros trabajo, como circunstancia que obliga a adaptar los medios y recursos de cada una de las formulas organizativas. Pero deben emplearse, es según qué casos, otros criterios que permiten valorar esa suficiencia y adecuación. Así, se encuentran referencias dispersas a la frecuencia y gravedad de la siniestralidad y al tiempo de respuesta de los recursos utilizados. La suficiencia y adecuación de cada formula se puede valorar haciendo un análisis de los recursos humanos y los recursos materiales que en cada modalidad de configuran como necesarios.

5.- Para la configuración de la organización preventiva deben permitirse las fórmulas mixtas. Esto es, la configuración de la modalidad adecuada en cada empresa puede depender de la concurrencia de varias opciones organizativas, de manera que se dé cumplimiento al elemento de la suficiencia y adecuación. Además la concurrencia de la

modalidad interna con la externa se constituye como la mejor opción. Primero porque se cumple con el elemento de la integración e internalización de prevención, y segundo porque permite cumplir con el requisito de la interdisciplinariedad.

6.- La interdisciplinariedad se manifiesta a través de las especialidades preventivas, pero no es necesario que aparezcan claramente diferenciadas en la empresa la especialidad de seguridad, higiene y ergonomía y psicología. Ya que lo que la empresa debe realizar son el conjunto de actividades preventivas que forman parte de cada una de las especialidades preventivas. Así, lo importante para dar cumplimiento al requisito de la interdisciplinariedad es la realización de todas las actividades preventivas que permitan analizar todos los riesgos que se derivan de esas especialidades.

7.- La formación y capacitación se configura como otro de los requisitos indispensables del modelo y que permite valorar la adecuación de la modalidad organizativa a la empresa. Se trata de una formación específica que sirve para capacitar a los sujetos para que desempeñen las actividades preventivas previstas en función del tipo de formación recibida.

8.- La externalización de la organización de la prevención se rige por el principio de excepcionalidad, por lo que se constituye también con una restricción a la libertad de empresa. Se ha podido comprobar los casos en los que se le permite a las empresas acudir a empresas externas o profesionales que se encarguen de actividad preventivas. La primera y fundamental de las limitaciones legales es la derivada de imposibilidad de que las empresas puedan contratar las actividades preventivas con entidades que no sean SPA. Hasta momentos recientes las opciones eran dos: SPA y Sociedades de Prevención, pero en la actualidad los SPA se configuran como la única posibilidad. Esta solución también impide que los trabajadores designados puedan ser contratado por otros vínculos que no sean laborales. La segunda limitación tiene que ver con actividades que requieran conocimientos especiales o instalaciones de gran complejidad. En estos casos es posible una subcontratación por parte de los SPA, pero no es posible una contratación directa por las empresas. Por último, la regulación de la actividad sanitaria ha establecido sus propias reglas sobre los mecanismos para llevar a cabo la externalización.

9.- La independencia es un elemento que debe concurrir en todas las opciones organizativa. En el SPA a través de la expresa prohibición de tener vinculaciones comerciales financieras o de otro tipo, en para el casos de los técnicos de prevención, ya sean del SPP o trabajadores designados, la independencia se busca a través de las extensión de algunas garantías de las previstas por el ET para los representantes de los trabajadores. Así pues, el modelo busca, por un lado, una independencia institucional, y por otro, una independencia personal.

10.- El SPA es la modalidad más usada por las empresas españolas. Varias son las razones. La primera que el tejido empresarial español se caracteriza por estar compuesto de empresas medianas y pequeñas (de 0 a 250 trabajadores), situación que lleva a no necesitar aplicar las previsiones de obligación generadas para las empresas grandes o peligrosas. La segunda, que se trata de la modalidad que cuenta con más regulación lo que da lugar a una mayor seguridad jurídica. La tercera, que las empresas se eximen de la obligación de auditoría; y la cuarta, que permite gestionar la prevención con un coste menor. Sin embargo, el SPA debe configurarse como una modalidad complementaria de las internas de la empresa ofreciendo una asistencia técnica especializada para aquellas actividades preventivas que no se puedan llevar a cabo con recursos propios.

11.- El SPP es la única modalidad sobre la que se establece una obligación de uso en los supuestos que la norma expresamente determina. Son tres los supuestos en los que necesariamente deberá constituirse un SPP. Por un lado, cuando la empresa tenga más de 500 trabajadores, por otro, cuando tenga más de 250 pero las actividades sean peligrosas, y por último, cuando la autoridad competente así lo decida en función a la peligrosidad y frecuencia y gravedad de la siniestralidad de las empresas. El problema de esta modalidad es que su regulación es escasa, por lo que son variadas las interpretaciones sobre la forma en la que debe configurarse el SPP. Las únicas limitaciones establecidas por el RSP son la existencia de dos especialidades y la dedicación exclusiva de los técnicos de prevención. Por lo demás, los conceptos jurídicos indeterminados vuelven a aparecer sin ofrecer soluciones claras

12.- Los trabajadores designados, pese a ser la formula que debería ser imprescindible en todos los casos, es la menos usada, comparativamente a las demás. La norma la ha relegado a un segundo plano, y su regulación es prácticamente inexistente. Sin embargo son muchas las cuestiones planteadas y que han podido ser resueltas, otras en cambio, dependerán al final del poder del empresario. No se puede determinar un número de trabajadores designados aunque sí parece conveniente tener en cuenta el número de trabajadores de la empresa y el previsible tiempo de dedicación necesario para realizar las actividades preventivas, donde la peligrosidad y la distribución de los riesgos serán los criterios básicos a tener en cuenta. Sin embargo, sí que se puede definir un estatuto jurídico del trabajador designado. Hay tres maneras de ser trabajador designado. Bien puede ser un trabajador contratado ad-hoc; bien puede ser un trabajador de la empresa que pasa a realizar funciones preventivas de manera exclusiva; o bien puede ser un trabajador de la empresa que realiza sus actividades productivas y además pasa a realizar actividades preventivas. En todos los casos deberá tener la formación acorde a las funciones que efectivamente vaya a realizar. En función de las circunstancias contractuales de cada trabajador, la asignación de funciones será parte del poder de dirección ordinario del empresario, será una movilidad funcional, o será una modificación sustancial de las condiciones de trabajo.

En cada caso, habrá que estar a sus correspondientes consecuencias jurídicas. Por último, nada impide que el trabajador pueda ser despedido cuando el empresario decide cambiar de modalidad organizativa. Estos trabajadores tendrán una serie de derechos y deberes en y para el cumplimiento de sus obligaciones como trabajadores designados. Quedan amparados en su actividad preventiva por las garantías previstas para los representantes de los trabajadores en el art. 68 ET.

13.- El empresario puede asumir directamente la prevención. Esta modalidad ha quedado reservada de forma voluntaria para los casos de empresas pequeñas de hasta 10 trabajadores o hasta 25 trabajadores cuando la empresa tiene un único centro de trabajo. El problema de esta modalidad se manifiesta en varias direcciones. La primera, la falta de independencia y objetividad en la gestión de la prevención de riesgos. La segunda, la propia determinación del concepto de empresario en las empresas pequeñas. La tercera, la dificultad para determinar si el empresario tiene la capacidad necesaria para poder desarrollar en condiciones de suficiencia y adecuación la actividad preventiva, Y por último, la imposibilidad legal de realizar algunas actividades preventivas que, obligadamente deberá contratar bien internamente bien externamente, como es el caso de la vigilancia de la salud.

14.- El SPM se configura como una submodalidad de SPP pese a la tendencia cada vez mayor a la equiparación a un SPA. Su compleja regulación hace que se planteen bastantes problemas de aplicación de la norma. El alcance de los conceptos de área geográfica limitada; la prohibición de constituirlo en empresas del mismo sector cuando las empresas sean grandes, algo que desvirtúa completamente la naturaleza jurídica del servicio, y lo que es peor, que no necesariamente las consecuencias deseadas; los grupos de empresas y los problemas derivados de los límites que tienen en la negociación colectiva; etc. son algunas de las cuestiones que plantea un precepto parcheado.

15.- La estructura organizativa no se limita sólo a las modalidades de organización previstas en la norma, sino que debe entenderse de una manera amplia, como sistema de gestión técnico-preventiva de la empresa, donde tengan cabida otros sujetos que también tienen funciones preventivas y con los que se ha establecido la necesaria coordinación. Hay que diferenciar fundamentalmente los recursos preventivos, los trabajadores asignados, los encargados de la coordinación y los coordinadores de seguridad y salud en obras de construcción.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV., *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.

AGRA VIFORCOS, B., “Prevención de Riesgos Laborales en Microempresas”, en FERNANDEZ DOMÍNGUEZ, J. L. (Coord.), *Prevención y Dimensión de la Empresa*, Valladolid, Consejería de Economía y Empleo, Junta de Castilla y León, 2008.

AGRA VIFORCOS, B., *Luces y sombras en la regulación de la organización preventiva, ¿de verdad ayuda a la tan proclamada integración?*, CEF, Revista de Trabajo y Seguridad Social, núm. 302, 2008.

ALAIN SUPLOT., *Crítica del Derecho del Trabajo*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1996, pp. 71-80 (traducción hecha por José Luis Gil y Gil).

ALARCÓN CARACUEL, M. R., “Los deberes del empresario respecto a la seguridad y salud de sus trabajadores”, en OJEDA AVILÉS, A.; ALARCÓN CARACUEL, M. R. y RODRIGUEZ RAMOS, M^a. J., *La Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Aspectos Clave de la Ley 31/1995*, Navarra, Aranzadi, 1996.

ALBADALEJO, M., *Derecho Civil. Introducción y parte general*, vol. I, 16^a ed., Edisofer, Madrid, 2004.

ALBIEZ DOHRMANN, K. J., *La protección jurídica de los empresarios en la contratación con condiciones generales. Una perspectiva española y europea*, Navarra, Civitas, 2009.

ALEGRE NUENO, M., *Los servicios de prevención mancomunados, un modelo de organización infrautilizado*, Gestión práctica de Riesgos Laborales, núm. 73, 2010.

ALEGRE NUENO, M., *Nuevos requisitos para los Servicios de Prevención ajenos: la plantilla de técnicos*, Gestión Práctica de Riesgos Laborales, núm. 76, 2010.

ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales de la contratación. Estudio de las disposiciones generales*, Madrid, Civitas, 1991.

ALFONSO MELLADO, C. L.; SALCEDO BELTRÁN, C. y ROSAT ACED, I., *Prevención de riesgos laborales. Instrumentos de aplicación*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, 2^a. Ed,

ALFONSO MELLADO, C.L., “La responsabilidad de “terceros” por accidente de trabajo”, en MOLINA NAVARRETE, C. y MOLINER TAMBORERO, G., *La imputación de las responsabilidad en las relaciones laborales*, Albacete, Bomarzo, 2011.

ALMENDROS GONZÁLEZ, M. A. y DIAZ AZNARTE, M^a. T., “El delegado de prevención en la Ley de prevención de riesgos Laborales”, en ESCUDERO RODRIGUEZ, R. (coord.), *La Ley de Prevención de riesgos laborales*, XIV Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del trabajo y relaciones laborales, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 1997.

ALONSO AREAL, F., *La formación como variable estratégica para la prevención de riesgos laborales. Un enfoque global*, INSHT, Prevención, Trabajo y Salud, núm. 2, 1999, (versión electrónica).

ALONSO OLEA GARCÍA, B., *La prevención de riesgos laborales del trabajador autónomo*, Aranzadi Social, núm. 16, 2008, (versión electrónica)

ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE M^a. E., *Derecho del Trabajo*, Madrid, Civitas, 2004.

ALONSO UREBA, A., *Empresa*, Enciclopedia Jurídica Básica, Madrid, Civitas, 1995, Vol. III.

ALVAREZ DE LA ROSA, M., “El deber de protección y los servicios de prevención de riesgos laborales”, en CASAS BAAMONDE, M. E., (et. al). *Seguridad y salud en el trabajo. El nuevo derecho de prevención de riesgos laborales*, Madrid, La Ley-Actualidad, 1997

ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Ley y negociación colectiva en la regulación de la prevención de riesgos laborales*, Anales de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Laguna, núm. 29, 2012

ÁLVAREZ OLALLA, P.; CÁMARA ÁGUILA, P.; COSTAS RODAL, L., et al, “Arrendamiento (Contratos de cesión temporal de uso y disfrute)”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.), *Tratado de Contratos*, Valencia, Tirant lo Blanch, Tomo II, 2009.

ARA PINILLA, I., *Presupuestos y posibilidades de la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados*, Anuario del Filosofía del derecho, núm. 21, 2004.

ARAGÓN MEDINA, J., “Los grupos de empresas como unidad económica dominante”, en BAYLOS GRAU, A. y COLLADO GARCÍA, L., *Grupos de empresas y Derecho del Trabajo*, Madrid, Trotta, 1994.

ARROYO JIMENEZ, L., *Libre empresa y títulos habilitantes*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2004.

ASENJO PINILLA, J. L., *Los derechos a la intimidad, al secreto de las comunicaciones y a la protección de datos, en el marco del contrato de trabajo*, Revista de Jurisprudencia, núm. 1, 2013, (versión electrónica).

AVILA ROMERO, M., *Concepto de empresario y trabajador en los riesgos profesionales*, Revista de Seguridad Social, núm. 21, 1984.

BAJO ALBARRACÍN, J. C., *Auditoría de Sistemas de Gestión de Prevención de Riesgos Laborales*, Madrid, Instituto Europeo de Salud y Bienestar, 1999

BARREIRO GONZÁLEZ, G., “Garantías de los representantes del personal”, en SALA FRANCO, T.; RAMIREZ MARTÍNEZ, J. M. y BORRAJO DRACUZ, E., *Derecho vivo del trabajo y Constitución: Estudios homenaje al profesor doctor Fernando Suárez González*, Madrid, la Ley, 2003.

BAYÓN CHACON, G. y PEREZ BOTIJA, E., *Manual de Derecho del Trabajo*, Madrid, Marcial Pons, 1964.

BAYON CHACON, G., *El concepto jurídico-laboral de empresa*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, núm. 6, 1959.

BAZ RODRÍGUEZ, J., *Las relaciones de trabajo en la empresa de grupo*, Granada, Comares, 2002.

BELASCO ZUGASTI, A. y ZABALETA ALDASORO, U., *Estudio de los requisitos legales exigibles en formación de prevención de riesgos laborales a las empresas de la CAPV*, estudio elaborado por CONFEBASK con la Fundación para la prevención de riesgos laborales, 2012.

BELTRÁN DE FELIPE, M., *Discrecionalidad Administrativa y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1995.

BELL D., *El advenimiento de la sociedad postindustrial*, Barcelona, Alianza Editorial, 2006, 584 p.

BELLON GARVI, M., *Situación Jurídica y Responsabilidad de los Servicios de Prevención Ajenos*, Revista de Gestión Práctica de Riesgos Laborales, núm. 21, 2005.

BENAVIDES VICO, A., *El ajuste de las condiciones laborales*, Valladolid, Lex Nova, 2013, 2ª ed.

BENAVIDES, F; RUIZ FRUTOS, C; GARCIA, A. M. y DELCLOS, Y. (et. al)., *Salud Laboral: conceptos y técnicas para la prevención de riesgos laborales*, Barcelona, Masson, 3ª ed., 2007.

BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios políticos y constitucionales, 2007, 3ª ed.

BLANCO SILVA, F. y LÓPEZ DÍAZ, A. I., *Novedades en la formación en prevención de riesgos laborales en España*, Temas Laborales, núm. 104, 2010, .

BLASCO LAHOZ, J. F., y LOPEZ GANDIA, J., “El art. 11 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Coordinación Administrativa”, en MONEREO PEREZ, J. L.; MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M. N., *Comentario a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y sus desarrollos reglamentarios*, Granda, Comares, 2004.

BLASCO MAYOR, A., *Las equivocadas funciones de los servicios de prevención ajenos*, Prevention World Magazine, núm. 47, 2013.

BLASCO MAYOR, A., *Significado y aplicación del Anexo I del Reglamento de los servicios de prevención*, Revista Técnica de Seguridad y Salud en el Trabajo, núm. 161, 2002,

BOIX, P. (coord.), *Informe sobre la calidad de los Servicios de Prevención en España*, Observatorio de Salud Laboral, ISTAS, Unión de Mutuas y Universidad Pompeu Fabra, 2008, en línea: http://www.upf.edu/cisal/_pdf/qsp_informe.pdf

BOIX, P. y RODRIGUEZ DE PRADA, A (coords.), *Criterios de buena práctica profesional en actividades preventivas*, INSHT, 2011, en línea: <http://www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Documentacion/PUBLICACIONES%20PROFESIONALES/CBP%20TEXTO.pdf>

BOZA PRO, G., *El deber de sigilo de los representantes de los trabajadores*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997.

BROSETA PONT, M. y MARTINEZ SANZ, F., *Manual de Derecho Mercantil. Introducción y Estatuto del Empresario*, Madrid, Tecnos, 21º ed., 2014, Vol. I.

CABANAS, C., *Los mandos intermedios son una pieza clave en el proceso de comunicación*, Capital Humano núm. 174, 2004.

CABEZA PEREIRO, J. y LOUSADA AROCHENA, J. F. (coords.), *Comentarios a la Ley de Prevención de riesgos Laborales*, Granada, Comares, 1998.

CABEZA PEREIRO, J. y LOUSADA AROCHENA, J. F., *El nuevo régimen legal del trabajo a tiempo parcial*, Granada, Comares, 1999.

CABEZA PEREIRO, J., “Garantías de los representantes de los trabajadores”, en BAYLOS GRAU, A. (et. Al.), *Diccionario Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.

CABRERA FERNÁNDEZ, J. M., *Todo IVA 2008*, Valencia, CISS, 2008.

CÁMARA BOTÍA, A., y GONZÁLEZ DIAZ, F. A., *Derechos de participación y representación en materia de seguridad y salud laborales: un estudio sobre su aplicación*, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, núm. 53, 2004.

CAMAS RODA, F., *El proyecto de ley de reforma del marco normativo de prevención de riesgos laborales (la seguridad y salud laboral como cuestión prioritaria)*, Aranzadi Social, núm. 12, 2003, (versión electrónica)

CAMPS RUIZ, L. M., “Concepto laboral de empresario”, en AA.VV *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, Madrid, Edersa, Tomo I, 1990.

CANO GALÁN, Y., *La formación en prevención de riesgos laborales: su configuración como deber de los trabajadores*, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales, núm. 53, 2004.

CANTONNET JORDI, M^a. L., *Los servicios de prevención en la Unión Europea*, Revista Gestión Practica de Riesgos Laborales, núm. 44, 2007, (versión electrónica)

CARRERO DOMINGUEZ, C., “El sigilo profesional en el sistema de seguridad y salud establecido en la Ley de Prevención de riesgos Laborales”, en ESCUDERO RODRIGUEZ, R. (coord.), *La Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, XIV Jornadas Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, celebradas en Málaga en 1995, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 1997.

CARRERO DOMINGUEZ, C., *La nueva regulación de la prevención de riesgos laborales: una solución de retoque*, Temas Laborales, núm. 73, 2004.

CASAS BAAMONDE, M^a. E., *La Ley 31/1995, de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales: objetivos, características formales y principales novedades*, XIV Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo, Sevilla, Carl, 1997.

CASTELLÁ LOPEZ, J. L., *Comentarios y Reflexiones sobre la modificación de la Ley y el Reglamento de los Servicios de Prevención*, Revista de Seguridad y Salud en el trabajo, núm. 57, 2010.

CAVAS MARTINEZ, F., *Vigilancia de la salud y tutela de la intimidad del trabajador*, Aranzadi Social, núm. 19, 2004, (versión electrónica)

CEBALLOS AMANDI, J. A., *El perfil del Técnico de Prevención*, Gestión práctica de Riesgos Laborales, núm. 17, 2005.

CIERCO SEIRA, C., *Administración pública y salud colectiva*, Granada, Comares, 2006.

COBOS SANCHIZ, D., *La formación del técnico de prevención e Europa*, Prevention World Magazine, núm. 9, 2005.

COBOS SANCHIZ, D., *Los estudios universitarios de los profesionales de la salud ocupacional en Francia, Portugal y Reino Unido: aproximación comparada*, Revista Fuentes, núm. 9, 2009.

COBOS, D.; LLACUNA, J.; INÉS. A. y PEREZ, M^a. J., *Buenas prácticas en formación sobre prevención de riesgos laborales en las empresas: una revisión sistemática*, Revista Fuentes, núm. 12, 2012.

CORDERO SAAVEDRA, L., *Las garantías y responsabilidades de los técnicos de prevención de riesgos laborales*, Aranzadi Social, núm. 5, Vol. V., 1998, (versión electrónica).

CRUZ VILLALON, J., *La representación de los trabajadores en materia de prevención de riesgos profesionales*, Temas Laborales, núm. 26.

DE LA CUADRA SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T., *La Directiva de Servicios y la Libertad de Empresa*, Revista el Cronista del Estado social y Democrático de Derecho, núm. 7, 2009

DE LA CUADRA SALCEDO JANINI, T., *Mercado Interior y Directiva de Servicios*, Revista Catalana de Dret Public, núm. 42, 2011.

DE LA PUEBLA PINILLA, A., “Subcontratación en el sector de la construcción: responsabilidades empresariales en materia laboral, de Seguridad Social, y de prevención de riesgos”, en MERCADER UGUINA, J. R., *Las relaciones laborales en el sector de la construcción*, Valladolid, Lex Nova, 2008

DE LA PUEBLA PINILLA, A., *La empresa como objeto de transmisión en la nueva economía. Aspectos Laborales*, Navarra, Aranzadi, 2005.

DE LA VILLA GIL, L. E., “El concepto de empresario-empleador en Derecho del Trabajo”, en BLASCO PELLICER, A. (Coord.), *El empresario laboral: estudios homenaje al profesor Camps Ruiz con motivo de su jubilación*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.

DE LA VILLA GIL, L. E., *Derecho del trabajo*, Esquemas, Universidad de Valencia, Facultad de Derecho, 1971.

DE LA VILLA GIL, L. E., *El concepto de trabajador*, Civitas, Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 100, 2000

DE LA VILLA GIL L. E., *¿Qué es eso del Estado de Bienestar y cómo se mide histórica y económicamente?*, Revista de derecho social y empresa, núm. 3, 2015

DE VICENTE PACHÉS, F. Y GALA FERNANDEZ, J. A., “Servicios de prevención”, en GARCÍA NINET, J. I., Y GARRIGUES GIMÉNEZ, A., *Lecciones sobre la Ley de prevención de riesgos laborales*, Valencia, Universitat Jaume I, 1997.

DEL REY GUANTER, S., *La dimensión de la empresa en la reforma de la legislación laboral de 1994*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995.

DEL REY GUANTER, S., y LUQUE PARRA, M., *Algunos aspectos problemáticos sobre el fenómeno de la descentralización productiva y relación laboral*, Relaciones Laborales, núm. 2, 1999.

DESDENTADO BONETE, A. y DESDENTADO DAROCA, E., *Grupos de empresa y despidos económicos*, Navarra, Lex Nova-Thomson Reuters, 2014.

DESDENTADO DAROCA, E., *La personificación del empresario laboral. Problemas Sustantivos y procesales*, Valladolid, Lex Nova, 2006.

DÍAZ MOLINER, R., *Derecho de prevención de riesgos laborales*, Madrid, Dijusa, Vol. II, 1998.

DÍAZ MOLINER, R., *Derecho de prevención de Riesgos Laborales. La normativa de prevención de riesgos laborales. Derechos y Deberes*, Madrid, Dijusa, Vol. I, 1998.

DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, La relaciones jurídico-reales, el Registro de la Propiedad, La posesión*, Navarra, Aranzadi, Tomo III, 5ª. Ed.

DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. La relaciones obligatorias*, Navarra, Thomson-Civitas, 2012.

DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial I. Introducción Teoría del Contrato*, 6ª. Ed., Madrid, Civitas.

DÍEZ PICAZO, L. Y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de derecho civil*, Volumen I, 1989.

DOMINGUEZ PEREJÓN, C., *Las nuevas obligaciones e infracciones tras la reforma del marco normativo de la Ley de prevención de riesgos laborales*, Temas Laborales, núm. 73, 2004, pp. 91-95.

DURÁN LOPEZ, F., *Informe sobre riesgos laborales y su prevención: la seguridad y la salud en el trabajo en España: estudio para la elaboración de un informe sobre riesgos laborales y su prevención* Madrid, Presidencia del Gobierno, Boletín Oficial del Estado, 2001. (el Informe Durán)

EPELMAN, M., *Código de Buenas Practicas de los servicios de prevención en Europa*, ponencia presentada en el III Foro Iistas de Salud Laboral, celebrado en Mallorca los días 27 a 29 de noviembre de 2002, publicado en línea: <http://www.istas.net/web/abreenlace.asp?idenlace=1450>

ESCUADERO PRIETO, A., *La aplicación de la normativa de seguridad y salud en el trabajo a los grupos de empresa*, Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, núm. 16, 2008, (versión electrónica)

EUROPEAN AGENCY FOR SAFETY AND HEALTH AT WORK., *Occupational Safety and Health culture assessment. A review of main approaches and selected tools*, en línea: https://osha.europa.eu/en/tools-and-publications/publications/reports/culture_assessment_soar_TWE11005ENN

FABREGAT MONFORT, G., *La responsabilidad empresarial en las contratas y subcontratas de propia actividad*, Revista de Treball, economia i societat, núm. 17, 2000, versión electrónica en línea: http://www.ces.gva.es/pdf/trabajos/articulos/revista_17/art2-rev17.pdf

FERNÁNDEZ COSTALES MUÑIZ, J., *La organización de la prevención en la empresa*, en FERNANDEZ DOMINGUEZ, J. J. (dir). “Prevención y Dimensión de la empresa”, Valladolid, Consejería de empleo y economía, 2008.

FERNANDEZ DOMINGUEZ, J.J., “Marco general de la dimensión en la empresa en la normativa preventiva”, en FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., *Prevención y dimensión de la empresa*, junta de Castilla y León, Consejería de Empleo, 2008.

FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R., “La prevención de riesgos laborales en el marco del contrato de trabajo a tiempo parcial”, en FERNANDEZ DOMINGUEZ, J.J. (Dir.), *La prevención de riesgos laborales y las nuevas formas de organización empresarial y de trabajo*, Consejería de Economía y Empleo, Junta de Castilla y León, 2007.

FERNANDEZ LOPEZ, M^a. F., “Formación en materia de prevención de riesgos laborales”, en OJEDA AVILÉS, A.; ALARCÓN CARUCUEL, M. R. y RODRIGUEZ RAMOS, M^a. J. (coords.), *La prevención de riesgos laborales. Aspectos clave de la Ley 31/1995*, Navarra, Aranzadi, 1996.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a. F., *El deber de sigilo profesional de los representantes de los trabajadores*, Actualidad Laboral , núm. 9, Madrid, 1992.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a. F., *Las transformaciones del empleador y sus consecuencias en el Derecho del Trabajo. Una jurisprudencia “lenta y suave”*, Relaciones Laboral, núm. 4, 2009, (versión electrónica)

FERNÁNDEZ MARCOS, L., “Comentario al art. 30 LPRL”, en IGLESIAS CABERO, M. (coord.), *Comentarios a la Ley de prevención de riesgos Laborales*, Navarra, Thomson Civitas, 1997, 2^a. Ed.

FERNANDEZ MARCOS, L., “Comentario al artículo 30”, en *Comentarios a Ley de Prevención y normativa reglamentaria*, Madrid, Dykinson, 2^a ed, 2001

FERNÁNDEZ MARCOS, L., *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y su Régimen Jurídico Sancionador*, Madrid, Dykinson, 3^a ed., 2004..

FERNANDEZ MARCOS, L., *En torno a los servicios de prevención mancomunados*, Prevención Trabajo y Salud, INSHT, núm. 6, 2000, en línea: <http://www.insht.es/portal/site/Insht/menuitem.1f1a3bc79ab34c578c2e8884060961ca/?vgnextoid=225ba39903387110VgnVCM100000b80ca8c0RCRD&vgnextchannel=9f164a7f8a651110VgnVCM100000dc0ca8c0RCRD>

FERNANDEZ RAMIEREZ, M., *Propuestas para la reforma del marco normativo sobre los servicios de prevención*, Aranzadi Social, núm. 4, 2012, (versión electrónica).

FERNÁNDEZ TORRES, J. R., *Regímenes de intervención administrativa: autorización, comunicación previa y declaración responsable*, Revista Catalana de Dret Public, núm. 42, 2011

FITA ORTEGA, F. *La pequeña y mediana empresa en el ordenamiento jurídico-laboral*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, pp. 22. DEL REY GUANTER, S., *La dimensión de la empresa en la legislación laboral de 1994*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994.

FUENTES RODRÍGUEZ, F., *La composición de los Comités de Seguridad y Salud y los criterios para la designación de los delegados de prevención*, Temas Laborales, núm. 51, 1999.

FUERTES LÓPEZ, J., Unidad de Mercado y actividad administrativa. Una aproximación a la Ley 20/2013, de 9 de diciembre de garantía de unidad de mercado, Revista de Derecho Local, 1 de diciembre de 2013, 2013 (versión electrónica)

GALVAL DE GRANDA, J. L., “El papel de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y la nueva Ley de Prevención de Riesgos Laborales”, en OJEDA AVILÉS, A.; ALARCÓN CARACUEL, M. R. y RODRIGUEZ RAMOS, M^a. J., *La Ley de Prevención de Riesgos Laborales, Aspectos Clave de la Ley 31/1995*, Navarra, Aranzadi, 1996,

GALLEGO MORALES, A., “Derechos y Obligaciones de los trabajadores”, en VIDA SORIA, J. (Dir.), *Manual para la formación en prevención de riesgos laborales. Programa formativo para el desempeño de las funciones de nivel básico*, Valladolid, Lex Nova, 2^a ed., 2003.

GALLO FERNÁNDEZ, M., *Autorización e Inspección de las actividades sanitarias de lo servicios de prevención de riesgos laborales*, Instituto Navarro de Administración Pública, Edita: Gobierno de Navarra, 2009.

GALLO FERNÁNDEZ, M., *La autorización de las actividades sanitarias de prevención de riesgos laborales*, Revista Jurídica de Navarra, núm. 43, 2007.

GARATE CASTRO, J., *Organización de la prevención mediante la designación de uno o varios trabajadores*, Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, núm. 4, 2003, (versión electrónica).

GARCIA BLASCO, J. Y GONZALEZ LABRADA, M., *El derecho del trabajador a interrumpir su actividad y abandonar el lugar de trabajo en situaciones de riesgo grave e inminente*, Aranzadi Social, núm. 1, 1996, (versión electrónica).

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNANDEZ RÓDRIGUEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, Civitas Thomson Reuters, 2015.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado*, Civitas Revista de Derecho Administrativo, nº 89, 1996

GARCÍA GÓMEZ, M; ESTEBAN BUENO,V.; GALIO FERNANDEZ,M.,(et al)., *La vigilancia de la salud de los trabajadores 12 años después*, Cuadernos de Relaciones Laborales, núm. 1, 2007.

GARCÍA MURICA, J., *Libertad de expresión y sigilo profesional en el desarrollo de la acción sindical. Comentario a la STC 213/2002, de 2 de noviembre de 2002*, Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional, núm. 3, 2002.

GARCIA NINET, J.I., (dir)., *Manual de Prevención de Riesgos Laborales (Seguridad, higiene y Salud en el trabajo)*, Barcelona, Atelier, 3º ed, 2012.

GARCÍA ORTEGA, J., *Los servicios de prevención ajenos*, Revista Alcor de Mgo, núm. 4. 2005.

GARCÍA SALAS, A. I., *Directivos y mandos intermedios en materia de seguridad y salud en el trabajo*, Sevilla, Mergablum, 2004.

GARCÍA, A. M.; LOPEZ-JACOB, M. J. y DIAZ GÓMEZ, J. R., *La protección de la salud de los trabajadores en España: una oportunidad para la participación, la negociación y el consenso en el marco de las relaciones laborales*, Revista de Trabajo, núm. 28, 2013.

GARRIDO PEREZ, E., *La participación de los trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales en la Ley 31/1995*, Relaciones Laborales, núm. 20, 1997.

GARRIGUES GIMENEZ, A., *La organización de la prevención en la empresa*, Valencia, Publicaciones de la Universidad Jaume I, Colecció Estudis Jurídics, 1997.

GARRIGUES, A., *Curso de Derecho Mercantil*, Madrid, Imprenta Aguirre, 1976, Tomo I.

GARRIGUEZ JIMÉNEZ, A., “La organización de la prevención en la empresa (II). Las modalidades inespecíficas de organización técnico-preventiva”, en GARCIA NINET, J. L., *Manual de Prevención de riesgos Laborales*, Barcelona, Atelier, 2002.

GETE CASTRILLO, P., *El papel de la negociación colectiva en la prevención de riesgos Laborales*, Relaciones Laborales, núm. 1, 1997.

GIL MONTE, P. R., “Especialidades Preventivas”, en ALFONSO MELLADO, C. L.; SALCEDO BELTRÁN, C. y ROSAT ACED, I., *Prevención de riesgos laborales. Instrumentos de aplicación*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.

GIL Y GIL, J. L., *Principios de buena fe y Poderes del Empresario*, Sevilla, Consejo Andaluz de Relaciones laborales, 2003

GIMENEZ CANDELA, T., *Lex Artis y responsabilidad médico-sanitaria, una perspectiva actualizada*, Revista de Derecho Patrimonial, núm. 17, 2006.

GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P., “La situación de la Pyme en el mercado de trabajo en España”, en MERCADER UGUINA, J. R. (dir.), *Las relaciones laborales en las pequeñas y medianas empresas. Problemas actuales y perspectivas de futuro*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

GOERLICH PESET, J. M., *Los grupos de sociedades en la jurisprudencia social reciente*, Revista de Información Laboral, núm. 5, 2014.

GOMEZ ABELLEIRA, F. J., “Las reformas de las garantías subjetivas de la negociación colectiva: legitimación negocial y comisión negociadora”, en MERCADER UGUINA, J. R. y GARCÍA PERROTE ESCARTÍN, I., *La reforma de la negociación colectiva, Real Decreto-Ley 7/2011, de 10 de junio*, Valladolid, Lex Nova, 2011.

GÓMEZ ABELLEIRA, F. J., “Una nueva modificación de la legislación laboral para transponer derecho comunitario: la Ley 38/2007 y las Directivas 2002/14/CE, sobre información y consulta de los trabajadores, y 2002/74/CE, sobre protección en caso de insolvencia empresarial”, Relaciones Laborales, núm. 1, 2008.

GONZALEZ CARBAJAL, J.M., *Aspectos jurídicos públicos de la prevención de riesgos laborales: estudio de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre de prevención de riesgos laborales y del reglamento de los servicios de prevención, aprobado por Real Decreto 39/1997, de 17 de enero*, Madrid, Colex, 2000.

GONZALEZ CORDERO, J., *La protección frente al despido disciplinario de los trabajadores integrantes del servicio de prevención*, Actualidad Laboral, Tomo I, 1998.

GONZÁLEZ CUETO, T., *Comentarios a la Ley de Fundaciones (Ley 50/2002, de 26 de diciembre)*, Navarra, Aranzadi, 2003, pp. 61.

GONZALEZ DÍAZ, F.A., *Recursos Humanos de los servicios de prevención propios*, Aranzadi Social, núm. 257, 2003, versión electrónica.

GONZÁLEZ GARCÍA, J. V., *Autorizaciones, comunicaciones previas y declaraciones responsables en la trasposición de la Directiva de Servicios*, REAF, núm. 11, 2010

GONZALEZ ORTEGA, S, (Coord.), *Comentarios al Reglamento de los Servicios de Prevención (Real Decreto 39/1997, de 17 de enero)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997.

GONZALEZ ORTEGA, S. (coord.), *La prevención en la pequeña empresa*, Madrid, la Ley Actualidad, 1999.

GONZALEZ ORTEGA, S. y APARCICIO TOVAR, J., *Comentarios a la Ley 31/1995 de prevención de riesgos laborales*, Madrid, Trotta, 1996.

GONZÁLEZ ORTEGA, S. y CARRERO DOMÍNGUEZ, C., *La negociación colectiva sobre salud laboral a partir de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Cuadernos de Relaciones laborales, núm. 14, 1999.

GONZÁLEZ ORTEGA, S., *Derecho a la salud y control de los trabajadores*, Relaciones Laborales, núm. 6-7, 1990.

GONZALEZ ORTEGA, S., *El tratamiento de los riesgos del trabajo de los trabajadores autónomos*, Temas Laborales, núm. 81, 2005.

GONZALEZ ORTEGA, S., *Información sobre los contratos e intimidación*, Revista de trabajo, núm. 100, 1990.

GONZALEZ ORTEGA, S., *La diversidad de trabajadores autónomos y su repercusión en el ámbito de la prevención de riesgos laborales*, ALCOR DE MGO, núm. 7, 2006.

GONZALEZ ORTEGA, S., *La organización de la prevención por el empresario: los servicios de prevención*, Temas Laborales, núm. 50, 1999.

GONZALEZ ORTEGA, S., *La seguridad e higiene en el trabajo en la Constitución*, Revista de Política social, núm. 121, 1979.

GONZALEZ ORTEGA, S. y CARRERO DOMINGUEZ, C., *La negociación colectiva sobre salud laboral a partir de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Cuadernos de Relaciones Laborales, núm. 14, 1999.

GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E., *Microempresas y centros de trabajo. Nuevas formas productivas y jurídicas*, Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, IUSTEL, núm. 18, 2008.

GUSTAVSEN BJORN, *Mejora del medio ambiente ¿una nueva estrategia?*, Revista Internacional de Trabajo, núm. 2, 1980.

HAGBERG, A., *Accidents: individual, work and work environment*, Paradets Med. 23, Stockholm, 1960.

HERRERA TEJEDOR, F. *La intimidad como derecho fundamental*, Madrid, Colex. 1998

IGARTUA MIRÓ, M^a. T., *Compendio de Prevención de Riesgos Laborales*, Murcia, Laborum, 2000.

IGARTÚA MIRÓ, M^a. T., *Organización de la prevención en la empresa: de los excesos de la externalización al tímido fomento del uso de recursos propios. Reflexiones críticas al hilo de dos disposiciones reciente (RD 337/2010 y RD 404/2010)*, Documentación Laboral, núm. 88, 2010.

IGARTUA MIRÓ, M^a.T., *Crítica a un nuevo derecho del trabajo al servicio de la flexibilidad y subordinado al crecimiento, la competitividad y el empleo*, Revista de derecho social y empresa, núm. 2, 2014

IGARTÚA MIRÓ, M^a.T., *Manual del Servicio de Prevención*, Madrid, Tecnos, 2002.

IGLESIAS CABERO, M. (Coord). *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Navarra, Civitas, 2^a ed. 2008.

JENKINS, A. M.; BREARLEY, S.A. y STEPHENS, P., *Management at Risk*, The SRS Association, AEA Technology, 1991,

JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad contractual*, Madrid, Civitas, 1987.

LAGUNA DE PAZ, J. C., *La autorización administrativa*, Navarra, Thomson Civitas, 2006.

LAHERA FORTALEZA, J., *Prevención de Riesgos Laborales de los autónomos tras la ley 54/2003 y el Real Decreto 171/2004*, Documentación Laboral, núm. 70, 2004.

LANTARON BARQUÍN, D. “Comentario al art. 72 del ET” en CRUZ VILLALON, J; GARCÍA PERROTE ESCARTÍN, I; GOERLICH PESET, J. M. y MERCADER UGUINA, J. R., *Comentarios al Estatuto de los trabajadores*, Valladolid, Lex Nova, 3^a ed. 2014.

LEÓN SANZ, F. J., *La garantía de la unidad de mercado*, ICE, núm. 871, 2013.

LOPEZ AHUMADA, E., *El derecho de información sindical y el deber de sigilo profesional de los representantes de los trabajadores. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 213/2002, de 11 de noviembre*, Revista General de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social, Iuslabor, núm. 3, 2003.

LOPEZ ANIORTE, M^a C., *La notas de “habitualidad” y “medio fundamental de vida” delimitadoras del ámbito subjetivo del REA: una reforma normativa pendiente*, Actualidad Laboral, núm. 38, 2002.

LOPEZ ROMERO GONZALEZ, M^a P., *La organización de la prevención en la empresa: los servicios de prevención*, Actualidad laboral, núm. 37, 1997.

LOPEZ ROMERO GONZÁLEZ, M^a. P., *La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en materia de salud y seguridad en el trabajo*, Revista de Información laboral, núm. 6, 2005,

LOPEZ TAMÉS IGLESIAS, R., “Comentario al art. 68 del Estatuto de los Trabajadores”, en CRUZ VILLALÓN, J. (dir.), (et al), *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Valladolid, Lex Nova, Thomson-Reuters, 2014, 3^a ed.

LÓPEZ TERRADA, E., *Los Servicios de Prevención Propios*, Revista Alcor de MGO, núm. 4, 2005.

LOPEZ-ROMERO GONZÁLEZ, M. P., *La organización de la prevención en la empresa: los servicios de prevención*, Actualidad Laboral, Vol. 3., 1997.

LOUSADA AROCHENA, J. F., *La responsabilidad de los técnicos de prevención*, Revista de derecho Social, núm. 22, 2003, pp. 84

LOUSADA AROCHENA, J. R., *El centro de trabajo*, Revista General del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, núm. 27, 2011.

LOZANO LARES, F., *El tratamiento jurídico de la siniestralidad laboral*, Madrid, Cinca, 2014.

LOZANO LARES, F., *Tipología del tratamiento técnico de la siniestralidad laboral*, Albacete, Bomarzo, 2015.

LUQUE PARRA, M., *El servicio de prevención ajeno como modalidad principal de organizar la prevención en el ordenamiento jurídico español*, Civitas, Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 103, 2001.

LUQUE PARRA, M., *La organización de la prevención en la empresa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001.

LUQUE PARRA, M., *Recursos preventivos: una conceptualización compleja a la luz de las últimas reformas normativas*, Iuslabor, núm. 1, 2007, en línea: <http://www.upf.edu/iuslabor/012007/SeguridadSalud.pdf>.

LUQUE PARRA, M., Y GINES I FABRELLAS, A., *Últimos pronunciamientos del Tribunal Supremos en materia de contratas y subcontratas, cesión ilegal de trabajadores y sucesión de empresa*, Revista IUS LABOR, núm. 2, 2006, versión electrónica.

LLACUNA MORENA, J., *La formación en la Unión Europea: posibilidades y problemas*, Prevención, Trabajo y Salud, núm. 3, 1999.

MADARÁS PLATAS, E., *Los servicios de prevención ajenos*, Boletín de Prevención de riesgos Laborales, Aranzadi Social, Tomo I, 2004 (versión electrónica).

MANTECA VALDELANDE, V., *La potestad reglamentaria de las Administraciones Publicas (7)*, Actualidad Administrativa, núm. 8, 2012, Vol. 1.

MANZANO SANZ., F., *Despido de trabajador designado*, Capital Humano, núm. 231, 2009.

MARDARÁS PLATAS, E., y MANZANO SANZ, F., *Gestión de la prevención. La quinta disciplina*, Boletín de Prevención de Riesgos Laborales, núm. 5, Tomo I, Parte Estudio, 2003 (versión electrónica)

MARSHALL, A., *Principios de economía*, Madrid, Aguilar, 4ª ed., 1963.

MARTÍNEZ BARROSO, Mª. R., “El papel de la Autoridad Laboral Autonómica en el proceso de acreditación de las entidades especializadas para la realización de auditorías del Sistema de Prevención de Riesgos Laborales”, en AA.VV., *Los Nuevos Marcos de las Relaciones Laborales en el renovado Estado de las Autonomías*, XXI Congreso nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, celebrado en Barcelona, 2010.

MARTINEZ FONS, D., *Intimididad y vigilancia de la salud del trabajador en la relación de trabajo (IBERIA). Comentario a la STCO 196/2004 de 14 de noviembre*, IUSLABOR, núm. 2, 2005, (versión electrónica)

MARTÍN-RETORTILLO, S. (coord.), *Estudios sobre la Constitución Española, Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Civitas, Madrid, 1991

MARTRAC SANFELIU, F., *Mandos intermedios: receta contra el mal de altura*, Capital Humano, núm. 210, 2007.

MATEOS BEATO, A., *El concepto de empresa en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Revista de Información Laboral, núm. 9, 2003.

MATEOS BEATO, A., *Los servicios de prevención*, Información Laboral, núm. 2, 2002.

MELLENDEZ MORILLO-VELÁZQUEZ, L., *La Prevención de Riesgos Laborales en la Negociación Colectiva*, Navarra, Cuadernos de Aranzada Social, 2004

MENDOZA NAVAS, N., *El tratamiento convencional de la salud y la seguridad en el trabajo*, Granada, Comares, 2013.

MERCADER UGUINA, J. R. y MORENO SOLANA, A., *Calidad del trabajo y reformas legislativas en materia de seguridad y salud*, Relaciones Laborales, núm. 12, 2010, (versión electrónica)

MERCADER UGUINA, J. R. y NIETO ROJAS, P., *La Ley reguladora del Sector de la Subcontratación en el sector de la Construcción*, Relaciones Laborales, núm. 4, 2007, tomo 1, (versión electrónica)

MERCADER UGUINA, J. R., “*El silencio administrativo en el procedimiento de Seguridad Social*”, en PAREJO ALFONSO, L. (Dir.), *El silencio en la actividad de la administración pública*, op. Cit.

MERCADER UGUINA, J. R., DE LA PUEBLA PINILLA, A., *Los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornada*, Valencia, Tirant lo blanch, 2013

MERCADER UGUINA, J. R., *El futuro de la negociación colectiva en materia de prevención de riesgos laborales*, Aranzadi Social, núm. 14, 2002, (versión electrónica)

MERCADER UGUINA, J. R., *El Reglamento de los Servicios de Prevención: crónica de una norma largamente esperada*, Relaciones Laborales, núm. 1, 1997.

MERCADER UGUINA, J. R., *La Ley de Prevención de Riesgos Laborales, veinte años después*, Información Laboral, núm. 8, 2015.

MERCADER UGUINA, J. R., *Las Fundaciones Laborales. Herramientas para canalizar la responsabilidad social empresarial*, Valencia Tirant lo Blanch, 2010, pp. 51-52.

MERCADER UGUINA, J. R., *Lecciones de Derecho del trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, última edición.

MIÑAMBRES PUIG, C., *El centro de trabajo. Reflejo jurídico de las unidades de producción*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1985.

MIÑARRO YANINI, M., *Obligaciones en materia de prevención en los supuestos de coincidencia física en un mismo lugar de trabajo de trabajadores de varias empresas*, Aranzadi Social, número 5, 2001, versión electrónica.

MIQUEL, J. M., “Comentario al artículo 8”, en MENÉNDEZ, A.; DíEZ-PICAZO, L. (dirs.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Madrid, Civitas, 2002.

MOLINA HERMOSILLA, O. y MOLINA NAVARRETE, C., M., *La reforma del marco reglamentario de la gestión preventiva “de” y “en” la empresa: otra desenfocada y confusa intervención normativa (Comentario sistemático del RD 604/2006, de 19 de mayo)*, CEF, Estudios Financieros, Revista de Trabajo y Seguridad Social, núm. 281 y 282, 2006.

MOLINA HERMOSILLA, O., *El mercado de los servicios de prevención: la búsqueda del difícil equilibrio entre el cumplimiento de una función social y la obtención de un beneficio empresarial*, Revista de Derecho Social, núm. 48, 2009.

MOLINA HERMOSILLA, O., *El papel de las Sociedades de Prevención en el mercado de los Servicios de Prevención*, Murcia, Laborum, 2008.

MOLINA NAVARRETE, C. y MOLINA HERMOSILLA, O., *La reforma del marco reglamentario de la gestión preventiva “de” y “en” la empresa: otra desenfocada y confusa intervención normativa (comentario sistemático del RD 604/2006, de 19 de mayo)*, Revista de Trabajo y Seguridad Social, núm. 281-282

MOLINA NAVARRETE, C., “Servicios de Prevención”, en MONEREO PEREZ, J. L. (Dir.), *Comentario a la Ley de Prevención y sus desarrollos reglamentarios*, Granada, Comares, 2004.

MOLINA NAVARRETE, C., *El concepto jurídico-mercantil de empresa: un ensayo jurisprudencial*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, núm. 3, 2000.

MOLINA NAVARRETE, C., *La relación jurídico-laboral de los grupos de sociedades: problemas y soluciones*, Granada, Comares, 2000.

MOLINA NAVARRETE, C., *Ley de Prevención de Riesgos Laborales: un agrisulce aniversario*, CEF, Revista de Trabajo y Seguridad Social, núm. 392, 2015.

MOLINA NAVARRETE, C., *Los nuevos Estatutos de Autonomía y el reparto constitucional de competencias en las materias de empleo, trabajo y protección social*, Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF, núm. 283, 2006.

MOLTÓ GARCÍA, J. I., La función de la Inspección. La potestad sancionadora de las Administraciones Públicas en materia de prevención de riesgos laborales y la función de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, ALONSO RAMÍREZ, J. L., y ESTEBAN BERNARDO, J.A., (Coords), *Prevención de riesgos laborales en España: visión Global, enfoque practico y retos de futuro*, Madrid, Prentice Hall, 2007,

MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., “La gestión de la prevención de riesgos laborales. Los servicios de prevención de riesgos laborales”, en MONEREO PEREZ, J. L. y RIVAS VALLEJO, P. *Tratado de Salud, Tomo I*, Navarra, Aranzadi, 2012.

MONEREO PEREZ, J. L., “Comentario al artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores”, en AA.VV., *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Granada, Comares, 1998.

MONEREO PÉREZ, J. L., *La noción de empresa en el derecho del trabajo y su cambio de titularidad*, Madrid, Ibidem, 1999.

MONEREO PÉREZ, J. L., *Teoría jurídica de los grupos de empresa y Derecho del Trabajo*, Granada, Comares, Granada, 1997.

MONEREO PÉREZ, J. L., y DIAZ AZNARTE, M^a. T., “Distribución de competencias legislativas y ejecutivas en el Estado Social Autonómico en materia de prevención de riesgos laborales”, en MONEREO PÉREZ, J. L., y RIVAS VALLEJO, P. (Dirs.), *Tratado de Salud*, Navarra, Aranzadi, 2012, Tomo I,.

MONEREO PÉREZ, J. L.; MORENO VIDA, M^a. N. y GALLEGU MORALES, A., *La empresa en el ámbito laboral y el fenómenos de los grupos de empresas en la jurisprudencia*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, núm. 3, 2000.

MONEREO PEREZ, J.L. y DIAZ AZNARTE, M^a T., “Distribución de competencias legislativas y ejecutivas en el Estado social Autonómico en materia de prevención de riesgos laborales”, en MONEREO PEREZ, J.L. y RIVAS VALLEJO, M^a P. (Dirs.) *Tratado de Salud Laboral, Aspectos Jurídicos de la Prevención de Riesgos Laborales*, Tomo I, Navarra, Aranzadi, 2012.

MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C., Y MORENO VIDA, M.N. (dirs), *Comentario a la Ley de prevención de riesgos laborales y sus desarrollos reglamentarios*, Granada Comares, 2004.

MONERO PEREZ, J. L., y FERNÁNDEZ AVILÉS , J. A., *La libertad sindical en la doctrina del Tribunal Constitucional*, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, núm. 73, 2008.

MONTOYA MEDINA, D. *Coordinación de Actividades preventivas tras la entrada en vigor del RD 171/2004, de 30 de enero*, Aranzadi Social, núm. 14, 2004, (versión electrónica).

MONTOYA MELGAR, A. y CÁMARA BOTÍA, A., *Principios Jurídicos de la protección de la salud de los trabajadores en la empresa*, Revista La Mutua, núm. Extraordinario, junio 2002, en línea: http://www.fraternidad.com/descargas/FM-REVL8e7_260_Principios_juridicos_de_la_proteccion_de_la_salud_de_los_trabajadores.pdf

MONTOYA MELGAR, A; PIZÁ GRANADOS. J. y ALZAGA RUIZ, I., *Curso de Seguridad y Salud en el trabajo*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2009.

MORENO GENE, J., *Aspectos jurídicos laborales en las empresas filiales*, Madrid, Tecnos, 2003.

MORENO MÁRQUEZ, A. M., “Comentario al artículo 31”, en SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.), *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Navarra, Aranzadi, Thomson-Reuters, 2010.

MORENO MÁRQUEZ, A. M., *Los servicios de prevención*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997.

MORENO MÁRQUEZ, A.M., “Comentario al artículo 30 LPRL”, en SEMPERE NAVARRO, A.V (dir.), *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Aranzadi; Navarra, 2010.

MORENO SOLANA, A., “Cláusulas de vanguardia en la negociación colectiva de empresa en materia de prevención de riesgos laborales”, en MERCADER UGUINA, J. R. y GARCÍA PERROTE ESCARTÍN, I., *Cláusulas de vanguardia y problemas prácticos de la negociación colectiva actual*, Valladolid, Lex-Nova - Aranzadi, 2015.

MORENO SOLANA, A., “Situación actual y propuestas de mejora en la aplicación de la prevención de riesgos laborales en las pymes y para los trabajadores autónomos”, en AA.VV., *Las relaciones laborales en las pequeñas y medianas empresas. Problemas actuales y perspectivas de futuro*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

MORENO SOLANA, A., *La prevención de riesgos laborales de los trabajadores especialmente sensibles*, Valencia, Tirant lo blanch, 2010.

MUÑOZ MACHADO, S., *Las regulaciones por silencio (cambio de paradigma en la intervención administrativa en los mercados)*, El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho, núm. 9, 2010.

MUÑOZ RUIZ, A. B., “Comentario al art. 19 del Estatuto de los Trabajadores”, en CRUZ VILLALON, J.; GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.; GOERLICH PESET, J. M. y MERCADER UGUINA, J. R., *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Valladolid, Lex-Nova, Thomson-Reuters, 2014, 3ª ed.

MUÑOZ RUIZ, A. B., *El sistema normativo de prevención de riesgos laborales*, Valladolid, Lex Nova, 2009

MUÑOZ RUIZ, A. B., y MORENO SOLANA, A., *La prevención de riesgos laborales y la protección de datos de carácter personal. El caso de la empresa “Air Spain”*, Información laboral, núm. 4, 2014.

NAVARRO NIETO, F., *El tratamiento de la prevención de riesgos laborales en la negociación colectiva*, Temas Laborales, núm. 75, 2004.

NAVARRO NIETO, F., *Los reconocimientos médicos como instrumentos de vigilancia de la salud laboral: condicionantes legales y jurisprudenciales*, AS, número 11, 2012, (versión electrónica)

NAVAS-PAREJO ALONSO, M., *Obligaciones y Responsabilidades de los trabajadores en materia de seguridad y salud laboral*, Valladolid, Lex Nova, 2012.

NIETO ROJAS, P., *Las representaciones de los trabajadores en la empresa*, Navarra, Lex Nova-Thomson Reuters, 2015.

NORES TORRES. L.E., *La asunción de la organización preventiva directamente por el empresario*, Revista Alcor de MGO, núm. 4, 2005, pp. 22-23

NUÑEZ GONZÁLEZ, C., *La evaluación de riesgos derivados del trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.

OJEDA AVILÉS, A., “Los conflictos en la paralización de actividades por riesgo grave e inminente”, en OJEDA AVILÉS, A.; ALARCÓN CARACUEL, M. R. y RODRIGUEZ RAMOS, Mª. J., *La Prevención de riesgos laborales. Aspectos Clave de la Ley 31/1995*, Navarra, Aranzadi, 1996.

OJEDA AVILÉS, A., *Claves interpretativas de la Ley 31/1995 de prevención de riesgos laborales*, diario La Ley, tomo I, 1997.

OJEDA AVILÉS, A., *La Ley Española de Prevención de Riesgos Laborales de 1995 y las facultades de los trabajadores para interrumpir el trabajo en situaciones de peligro*, Asesoría Laboral, núm. 63, 1996.

PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas. La Ley de condiciones generales de la contratación de 1998*, Madrid, Marcial Pons, Madrid, 1999.

PALANCAR, M., y PÉREZ BOTIJA, E., *La prevención de Accidentes de Trabajo*, Madrid, Instituto Nacional de Previsión, 1934

PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., *El derecho constitucional del trabajador a la seguridad en el trabajo*, Actualidad Laboral, núm. 4, 1992.

PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., *Empresarios desprovistos de personalidad jurídica: las comunidades de bienes*, Revista Española de Derecho del Trabajo, Civitas, núm. 2, 1980.

PALOMEQUE LOPEZ., M. C., El futuro del derecho a la seguridad en el trabajo, en AA.VV., *Riesgo y Trabajo*, Madrid, Fundación Mapfre, 1994.

PARAMIO PARAMIO, A., *La figura del recurso preventivo: análisis del Real Decreto 604/2006, de 19 de mayo, por el que se modifican el Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, y el Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre*, Información laboral, núm. 29, 2006.

PARDO MONEDERO, M., *La organización de la prevención en la empresa: principios básicos de la acción preventiva*, Relaciones Laborales, núm. 10 y 11, 2003.

PAREJO ALFONSO, L., “El interés general o público. Las potestades generales o formales para su realización”, en PAREJO ALFONSO, L.; JIMÉNEZ-BLANCO, A.; ORTEGA ÁLVAREZ, L., *Manual de Derecho Administrativo*, vol. I, 5ª ed., Barcelona, Ariel, 1998

PAREJO ALFONSO, L., “El silencio administrativo, especialmente en el sentido estimatorio, como aporía. Apuntes de una posible vía de superación”, en PAREJO ALFONSO, L. (dir), *El silencio en la actividad de la administración pública*, Valencia, Tirant lo Blanch, Tratados, 2011.

PAREJO ALFONSO, L., *Lecciones de Derecho Administrativo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.

PAZ ARES, C., “Uniones de empresas y grupos de sociedades”, en AA.VV., *Curso de Derecho Mercantil*, Madrid, Civitas, 1999.

PAZ ARES, C., *Sociedad Irregular*, Enciclopedia Jurídica Básica, Tomo IV, Civitas, 1995.

PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C. y ALFARO ÁGUILA REAL, J., “Comentario al art. 38 CE”, en CASAS BAAMONDE, M^a. E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M (Dir.), *Comentarios a la Constitución Española. XXX Aniversario*, Madrid, Wolters Kluwers, 2009.

PEDROSA ALQUÉZAR, I., *El concepto de salud laboral y vigilancia de la salud*, Aranzadi Social, núm. 6, 2000, (versión electrónica).

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, Madrid, Centro de Estudios Registrales, Tomo I, 1999.

PEREZ CAMASELLE GARCÍA, M., *Empresario y función empresarial (I)*, Boletín Económico del ICE, núm. 2850.

PEREZ CAMASELLE GARCÍA, M., *Empresario y función empresarial (II)*, Boletín Económico del ICE, núm. 2851.

PEREZ CAPITÁN, L., *Sinopsis crítica de la Ley de Subcontratación en el sector de la construcción*, Prevención, Revista técnica de Seguridad y Salud, núm. 181, 2007, en línea: http://www.navarra.es/NR/rdonlyres/C9D787F1-58F3-46E9-BB11-96BC71258BBA/146164/Articulo_PerezCapitan_181.pdf

PEREZ CAPITÁN, L., *Un comentario a la Ley de Reforma del Marco Normativo de la Prevención de Riesgos Laborales*, Justicia Laboral, núm. 16, 2003.

PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., *El “desvelo de los grupos de empresa*, Aranzadi Social, Vol. V., 1998.

PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., *El desvelo de los grupos de empresa*, Aranzadi Social, Vol. V., 1998.

PRICE, C., *Los conquistadores de internet: pioneros de un nuevo espacio empresarial*, Prentice Hall, 2001.

PURCALLA BONILLA, M. A., *Los servicios de prevención: notas a propósito de la jurisprudencia del TJCE y del Proyecto de Ley de reforma del marco normativo de la prevención de riesgos laborales*, Revista Jurídica Española, La Ley, Tomo 5, 2003, D-236.

PURCALLA BONILLA, M.A., y RODRIGUEZ SANCHEZ, R., *Notas sobre la figura del delegado de prevención*, Relaciones Laborales, núm. 20, 1997.

QUESADA SEGURDA, R., *La autonomía colectiva en la Ley de prevención de riesgos laborales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997.

QUINTANILLA NAVARRO, B., *Dimensión de la empresa y órganos de representación: el cómputo de trabajadores temporales en el ordenamiento español y en el de la unión europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.

RAMÍREZ, M., *Propuesta para la reforma del marco normativo sobre los servicios de prevención*, Aranzadi Social, núm. 4, 2012, (versión electrónica).

RAMOS QUINTANA, M. I., *El marco normativo de la prevención de riesgos laborales, aspectos críticos de la reforma introducida mediante la Ley 54/2003, de 12 de diciembre*, Relaciones Laborales, núm. 2, 2005.

RANCHAL SÁNCHEZ, A., *Las enseñanzas sobre la prevención de riesgos en el trabajo*, INSHT, Prevención, Trabajo y Salud, núm. 23, 2003, (versión electrónica)

REQUERO IBAÑEZ, J. L., *Influencia de la Lex Artis en la responsabilidad patrimonial sanitaria*, en XI Congreso Nacional de Derecho Sanitario, Madrid, Fundación Mapfre, 2003, pp. 141-148; STS de 18 de octubre de 2001 (R°. 1898/1996, sala de lo civil, Fundamento Jurídico 3°).

RIO DE LA FUENTE, I. y ABAD ARAGÓN, D., *Los polígonos industriales tradicionales como paradigmas de espacios inconclusos. Ejemplos en el municipio de Madrid*, Comunicación presentada al XII coloquio y trabajos de campo del grupo de geografía urbana celebrado del 11 al 14 de julio de 2014.

RIVERO LAMAS, J., “La descentralización productiva y las nuevas formas de organización del trabajo”, en AA.VV., *Descentralización productiva y nuevas formas de trabajo*, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de a Seguridad Social, Madrid, MTAS, 2000, pp. 61

RIVERO LAMAS, J., “La descentralización productiva y las nuevas formas de organización del trabajo”, en AA.VV., *Descentralización productiva y nuevas formas de trabajo*, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de a Seguridad Social, Madrid, MTAS, 2000.

RIVERO ORTEGA, R., *La Libertad de Comercio*, Ponencia presentada en el V Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, celebrado en Cádiz, 2010, pp. 65-66, en línea: http://www.uclm.es/centro/ceuropeos/aepda/pdf/congresos/VCongreso_Ponencia_2.pdf

RODRÍGUEZ CRESPO, M^a. J., *La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre las obligaciones del empresario derivadas de la Directiva 89/391/CEE. En particular, la evaluación de los riesgos profesionales y la designación de servicios de prevención*, Revista General de Derecho Europeo, núm. 6, 2005 (versión electrónica).

RODRIGUEZ PASTOR, G., *La designación de uno o varios trabajadores de la empresa*, Revista Alcor de MGO, núm. 4, 2005.

RODRIGUEZ RAMOS, M^a. J., *La coordinación de actividades preventivas en materia de prevención de riesgos laborales en casos de contratas o subcontratas de obras o servicios: el reparto de obligaciones entre las empresas concurrentes*, Revista Alcor de Mgo, núm. 3, 2005.

RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., *Discrecionalidad y motivación del acto administrativo en la ley española de procedimiento administrativo*, Derecho PUCP, núm. 67, 2011.

RODRIGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M., *Efecto directo e invocabilidad inter privados de las Directivas Laborales*, Relaciones Laborales, núm.6, 2010, Tomo I, (versión electrónica)

ROMERAL HERNÁNDEZ, J., *El delegado de prevención*, Valladolid, Lex Nova, 2008

RUIZ FRUTOS, C., *Formación en Prevención de Riesgos Laborales*, Cuadernos de Relaciones Laborales, núm. 14, 1999,.

SAÍNZ MORENO, F., *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad*, Civitas, Madrid, 1976.

SALA FRANCO, T. y ARNAU NAVARRO, F., *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996.

SALA FRANCO, T., *Derecho de la prevención de riesgos laborales*, 9º ed., Valencia, Tirant lo Blanch.

SALA FRANCO, T., *La responsabilidad de los servicios de prevención ajenos a la empresa y la del personal a su servicio*, Actualidad Laboral, núm. 1, 2000.

SALA FRANCO, T., *Los sistemas de prevención en las empresas*, Revista Alcor de MGO, núm. 4, 2005.

SANCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho Mercantil I*, Madrid, McGraw Hill, 2004, Tomo I.

SANCHEZ CERVERA, A., *¿Existe la obligación para los trabajadores de aceptar la designación o asignación como recurso preventivo de presencia por parte de la empresa?*, Revista de Formación de Seguridad Laboral, octubre, 2011.

SÁNCHEZ DE LA ARENA, M.A., “*La coordinación de actividades en la construcción como contenido de la negociación colectiva*”, en MERCADER UGUINA, J.R., (dir) *Las relaciones laborales en este sector de la construcción*, Valladolid, Lex Nova, 2008.

SANCHEZ DE LA ARENA, M.A., “*Las obligaciones de coordinación y cooperación entre empresas derivadas de la subcontratación en el sector de la construcción*”, en MERCADER UGUINA, J. R. (coord.), *Contratas y Subcontratas en el sector de la construcción*, Valladolid, Lex Nova, 2008.

SANCHEZ GARCÍA, A., *Garantías laborales de los técnicos y sanitarios en prevención de riesgos laborales*, 2014, Documento publicado por Mutua Intermarcal en línea en: <http://www.aranzadi.es/sites/aranzadi.es/files/creatividad/mutua-intercomarcal/Numero82/Especialista2.pdf>

SANCHEZ GARCÍA, M., *Sobre el proyecto para la modificación de la actividad sanitaria de los servicios de prevención*, Revista de Enfermería del Trabajo, núm. 1.

SANCHEZ SANZ, R., y ALLUÉ BUIZA, A., *El Reglamento de los servicios de prevención. Análisis y Comentarios*, Madrid, Fundación Confemetal, 1997.

SEMPERE NAVARRO, A. V. y PEREZ CAMPOS, A. I., *Las garantías de los representantes de los trabajadores*, Navarra, Thomson Aranzadi, 2004.

SEMPERE NAVARRO, A. V., “*Las unidades de negociación y sus límites*”, en CAMPS RUIZ, L. M., RAMIREZ MARTINEZ, J. M. y SALA FRANCO, T., *Crisis, reforma y futuro del Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos en memoria del profesor Ignacio Albiol Montesinos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.

SEMPERE NAVARRO, A. V., *Aspectos Jurídicos del Reglamento de Prevención de Riesgos Laborales*, Aranzadi Social, vol. V., 1997 (versión electrónica).

SEMPERE NAVARRO, A. V., GARCÍA BLASCO, J.; GONZALEZ LABRADA, M. y CARDENAL CARRO, M., *Derecho de la Seguridad y Salud en el Trabajo*, Madrid, Civitas, 3ª ed., 2001.

SEMPERE NAVARRO, A. V., *Imposibilidad de que una gran empresa externalice parte de sus actividades preventivas*, Aranzadi Social, núm. 27, 2005, (versión electrónica).

SEMPERE NAVARRO, A. V.; CARDENAL CARRO, M., *Transposición de la Directiva Marco de Seguridad Laboral en diferentes países de la Unión Europea*, Madrid, Fundación Mapfre, 2000.

SEMPERE NAVARRO, A.V., *Los servicios de prevención de riesgos laborales: Aspectos cruciales*, Seminario sobre el Reglamento de los Servicios de Prevención organizado por la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Marzo de 1997, ejemplar multicopiado.

SOLÁ MONELLS, X., *La modificación de los artículos 64 y 65 del Estatuto de los Trabajadores por la ley 38/2007, de 16 de noviembre: valoración general*, Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, IUSLABOR, núm. 1, 2008, (versión electrónica).

SORIANO TARÍN, G; HERNANI VEIZAGA, E. J. y ALONSO BOSQUE, J. M., *Necesidades de Formación continuada del personal sanitario en un servicio de prevención*, Archivos de prevención de riesgos laborales, núm. 4, vol. 9, 2006.

TOLOSA TRIBIÑO, C., *Los coordinadores de seguridad en el ámbito de la construcción: problemas sobre su designación y dependencia*, Revista de Información Laboral, núm. 3, 2000.

TOMÁS Y VALIENTE, F., “Estudio previo”, en DE LORENZO, R.; CABRA DE LUNA, M.A.; CAFFARENA, J., (et al)., *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*, Marcial Pons; Escuela Libre Editorial, Madrid, 1995.

TORNOS MAS, J., *La Ley 20/2013, de 9 de diciembre de garantía de la unidad de mercado. En particular, el Principio de Eficacia*, REAF, núm. 19, 2014.

TOSCANI GIMENEZ, D., *Las dudas más frecuentes sobre la organización de la actividad preventiva*, Revista Gestión Práctica de Riesgos Laborales, núm. 34, 2007.

TOSCANI GIMENEZ, D., *Obligaciones y Derecho de los trabajadores de funciones preventivas*, Gestión Practica de Riesgos Laborales, núm. 87, 2011.

TUDELA CAMBRONERO, G. y VALDEOLIVAS GARCÍA, Y., *La seguridad y la salud laboral en la negociación colectiva*, Madrid, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2009

URÍA, R y MENÉNDEZ, A., *Curso de Derecho Mercantil I*, Madrid, Civitas, 1999.

VALDES DAL-RE, F., “Los derechos de participación en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales”, en CASAS BAAMONDE, M^a. E.; PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., y VALES DAL-RE, F., *Seguridad y Salud en el trabajo. El nuevo derecho de prevención de riesgos profesionales*, Madrid, La Ley-Actualidad, 1997.

VALDÉS DAL-RE, F., *La participación de los trabajadores en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Tribuna Social, núm. 73, 1997.

VALDÉS DEL RE, F., La potestad reglamentaria en el ordenamiento laboral, Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 26, 1989.

VALENZUELA DE QUINTA, E., *Modelos de organización de la actividad preventiva en Europa*, La Mutua, Revista Técnica de Salud laboral y Prevención, núm. 11, 2004

VIBERT, P., *La representation des causes d'accidents du travail*. Buletin Centre d'Etudes et de Recherche Psychotechniques, núm. 6 (4), 1956.

VICENTE RUIZ, M^a. D., *La reforma de la Ley de Colegios profesionales impulsada por la Directiva de Servicios*, Boletín Económico ICE, núm. 2990, 2010.

VIÑAS ARMADA, J. M., “La organización de la prevención de riesgos laborales dentro de la empresa”, en VIDA SORIA, J., y VIÑAS ARMADA, J. M. (coords.), *Manual par la formación en prevención de riesgos laborales: nivel básico*, Valladolid, Lex Nova, 2001.

INFORMES, DICTÁMENES Y GUÍAS INTERPRETATIVAS

AEPSAL. Enmienda en la que se expone el interés social de la creación del Colegio Profesional de Técnicos PRL.

Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo, *Análisis de los factores que determinan las prácticas preventivas en materia de seguridad y salud en el trabajo en una selección de Estados miembros de la Unión Europea, 2013*, en línea: <https://osha.europa.eu/en/publications/reports/analysis-determinants-workplace-OSH-in-EU/view>

Asociación CVIDA, Informe: *El mercado de los servicios de prevención. Una visión española y europea* de 2007, en línea: <http://www.cvida.com/es/publicaciones/informes.html>

Asociación Española de Especialistas en medicina del Trabajo, *Guía para la Aplicación del RD 843/2011*. En línea: http://www.aeemt.com/contenidos/Opinion/Guia_aplicacion_RD_843_2011.pdf

Asociación Internacional de Seguridad Social., *Comparaison Internationale de la formation des experts en sécurité du travail dans les pays suivants, Comité International de la AISS pour la education et la formation à la prevention*, 2000, en línea: http://www.issa.int/fr/web/preventioneducation/resources?p_p_id=58_INSTANCE_E_LG1&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&_58_INSTANCE_E_LG1_struts_action=%252Flogin%252Fforgot_password

ASPA, Análisis del sector de los servicios de prevención ajenos, 2011. En línea: <http://www.aspaprevencion.com/archivos/estudio%20sector-carta.pdf>

ASPA, *Informe sobre impago de los servicios al los SPA y resolución del concierto preventivo*, 2009, en línea: http://www.aspaprevencion.com/archivos/Impago_resolucion.pdf

ASPA., *Consulta Jurídica realizada el 3 de septiembre de 2008 a la Federación de Servicios de Prevención Ajenos*.

ASPA., *Informe al grupo de Trabajo para la “Elaboración de una estrategia en Seguridad y Salud”*, 2006, en línea: http://aspaprevencion.com/archivos/INFORME_ASPA.pdf

ASPA., *Informe jurídico sobre vinculación de los servicios de prevención ajenos*, 8 de mayo de 2008.

ASPA., *Un congreso, cien propuestas. Una apuesta por la seguridad y salud laboral.*, Valladolid, Lex Nova, 2005.

ASPRECAT (Asociación Catalana de Entidades Preventivas Acreditadas). Presentación realizada entre ASPRECAT y la Oficina de PRL de Fomento del Trabajo de Cataluña sobre la nueva distribución del mercado de operadores de PRL basada en un informe elaborado por esta asociación en junio de 2015:<http://www.asprecat.org/es/infografia-sobre-la-nueva-distribucion-del-mercado-de-operadores-de-prl/>

CEOE y la Fundación para la Prevención de riesgos laborales “*Estudio de Benchmarking sobre prevención de riesgos laborales: aplicación de la Directiva Marco en los Estados Miembros de la UE*”, publicado en 2012 en línea: http://contenidos.ceoe.es/PRL/var/pool/pdf/prl-IF-BENCH-AD_0010_2011.pdf

Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo. Documento elaborado por el Grupo de trabajo de Construcción (subgrupo de obras sin proyecto) de fecha 12 de diciembre de 2013, en línea: http://www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Instituto/Comision/GruposTrabajo/ficheros/CNSST_OBRAS%20CONSTRUCCIONSINPROYECTOEMERGENCIA_29NOVIE MBRE2013.pdf

Consulta elaborada por la Dirección General de Trabajo que opina que la designación de un coordinador de seguridad y salud es necesaria en todas las obras donde participen más de una empresa o trabajadores autónomos, tanto con proyecto como sin proyecto. En línea en el Colegio de General de Arquitectura Técnica de España: http://www.coaatleon.es/documentos_web/Informacion%20General/1427%20Direcci%C3%B3n%20Gral.%20Inspecci%C3%B3n%20de%20Trabajo%20-%20anexo.pdf

Criterio de la Dirección General de Trabajo en el que contesta a ANEPA: http://www.empleo.gob.es/itss/web/atencion_al_ciudadano/Normativa/DOCUM_ITSS/documentos/Inform_desig_coord.pdf

Criterio de la ITSS y en la respuesta dada por la ITSS, en línea: <http://www.empleo.gob.es/itss/web/Utilidades/FAQs/PRL/prl.html#A5>

Criterio ITSS 83/2010, de 5 de mayo de 2010, pp. 13 y 14. En línea: http://www.empleo.gob.es/itss/ITSS/ITSS_Descargas/Atencion_ciudadano/Criterios_tecnicos/CT_83-2010.pdf

Criterio Técnico Núm. 83/2010 sobre la presencia de recursos preventivos en las empresas, centros y lugares de trabajo, en línea: http://www.empleo.gob.es/Itss/web/ca/Atencion_al_Ciudadano/CRIT_TECNICOS/index.html

Dictamen del Consejo de Estado núm. 1413/2013, de 27 de febrero de 2014. Se puede consultar en línea: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2013-1434>

Dictamen 404/2010, emitido por el Consejo de Estado en Madrid a 25 de febrero de 2010, en línea: <http://www.aspaprevencion.com/archivos/Dictamen%20Consejo%20Estado%20pdf..pdf>

Dictamen 2/2015, de 6 de marzo de 2015 del Consejo Social de Andalucía, en línea: http://www.juntadeandalucia.es/consejoeconomicoysocial/adjuntos/publicaciones/1_2_228_Dictamen_2_2015.pdf

Dictamen 910/2015, de 24 de septiembre de 2015, del Consejo de Estado, sobre el proyecto de RD por el que se iba a modificar el RD 843/2011, de 17 de junio.

EUROPEAN AGENCY FOR SAFETY AND HEALTH AT WORK., *Occupational Safety and Health culture assessment. A review of main approaches and selected tools*, en línea: https://osha.europa.eu/en/tools-and-publications/publications/reports/culture_assessment_soar_TEWE11005ENN

EUROPEAN AGENCY FOR SAFETY AND HEALTH AT WORK., *Mainstreaming OSH into business management*, 2010, en línea: <https://osha.europa.eu/es/tools-and-publications/publications/factsheets/92/view>

GRUPO PREVING, *Evolución y nuevos horizontes del sector de la prevención de riesgos laborales*, Septiembre, 2015, en línea: <http://www.preving.com/index.php/actualidad/los-expertos-de-preving/item/588-evoluci%C3%B3n-y-nuevos-horizontes-del-sector-de-la-prevenci%C3%B3n-de-riesgos-laborales-i.html>

Guía de la Actuación Inspectora en Entidades Auditoras, en línea: http://www.empleo.gob.es/itss/ITSS/ITSS_Descargas/Atencion_ciudadano/Normativa_documentacion/Riesgos_laboral/4.3_GUIA_Entidades_Auditoras.pdf

Guía de la actuación inspectora en Servicios de prevención propios o mancomunados, Punto 4.2., pp. 13, en línea: http://www.empleo.gob.es/itss/web/atencion_al_ciudadano/normativa_y_documentacion/Documentacion_Riesgos_Laborales/004/002/columna1/4.2_GUIA_Servicios_Prevencion_Propios.pdf

Guía de la Actuación Inspectora respecto de servicios de prevención ajenos, en línea: http://www.empleo.gob.es/itss/ITSS/ITSS_Descargas/Atencion_ciudadano/Normativa_documentacion/Riesgos_laboral/4.1_GUIA_Serv_Prevencion_Ajenos.pdf

Guía para la Aplicación del RD 843/2011 elaborada por la Asociación Española de Especialistas en medicina del Trabajo, en línea: http://www.aeemt.com/contenidos/Opinion/Guia_aplicacion_RD_843_2011.pdf

Guía para la mejora de la eficacia y calidad de las actuaciones de los SPA: Criterios de calidad del servicio, publicada en marzo de 2012, en línea: <http://www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Normativa/GuiasTecnicas/Ficheros/GuiaCriteriosCalidad.pdf>

Guía publicada en marzo de 2012, en línea: <http://www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Normativa/GuiasTecnicas/Ficheros/GuiaCriteriosCalidad.pdf>

[http://www.anepa.net/component/docman/doc_download/66-2013-06-26-informe-dg-empleo-sobre-spa-especialidad-medicina-del-trabajo.html?Itemid=.](http://www.anepa.net/component/docman/doc_download/66-2013-06-26-informe-dg-empleo-sobre-spa-especialidad-medicina-del-trabajo.html?Itemid=)

<http://www.insht.es/portal/site/Insht/menuitem.1f1a3bc79ab34c578c2e8884060961ca/?vgnextoid=de7991ef3e065410VgnVCM1000008130110aRCRD&vgnnextchannel=25d44a7f8a651110VgnVCM100000dc0ca8c0RCRD>

Informe ANEPA. *El concierto entre empresa cliente y servicio de prevención ajeno*, de 30 de junio de 2010, en línea: <http://www.anepa.net/informaci%C3%B3n-de-inter%C3%A9s/informes/166-2010-06-30-informe-anepa-el-concierto-entre-empresa-cliente-y-servicio-de-prevenci%C3%B3n-ajeno.html>

Informe de 2013 sobre “La actividad de prevención de riesgos laborales de las Mutuas como factor clave de la competitividad empresarial y de una seguridad social dinámica”, en línea: www.amat.es/Ficheros/15080.pdf

Informe de 30 de octubre de 2014 *sobre la reclamación presentada, al amparo del artículo 28 de la ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, contra el decreto 72/2014, de 23 de julio, del Principado de Asturias, que regula la utilización de las unidades móviles por parte de los servicios de prevención de riesgos laborales (UM/052/14).*

Informe de 4 de febrero de 2015 de la Secretaria del Consejo para la Unidad de Mercado

Informe de octubre de 2013 sobre “La actividad de prevención de riesgos laborales de las Mutuas como factor clave de la competitividad empresarial y de una seguridad social dinámica” en línea: www.amat.es/Ficheros/15080.pdf

Informe de fiscalización del inmovilizado no financiero de las Mutuas con especial referencia al proceso de segregación de los servicios de prevención ajenos, publicado el 28 de noviembre de 2014. en línea: <http://www.tcu.es/tribunal-de-cuentas/es/sala-de-prensa/news/aprobado-el-informe-de-fiscalizacion-del-inmovilizado-no-financiero-de-las-mutuas-de-accidentes-de-trabajo-y-enfermedades-profesionales-de-la-seguridad-social-con-especial-referencia-al-proceso-de-segregacion-de-los-servicios-de-prevencion-ajenos-00002/>

Informe de la Dirección General de la Inspección de Trabajo de 27 de diciembre de 2011.

Informe de la Dirección General de Trabajo DGT-SGON-542LB sobre el *Convenio General de la Construcción y la formación preventiva en el puesto de trabajo de 2 de agosto de 2011*.

Informe de la Dirección General de Trabajo, de 2 de agosto de 2011 (DGT-SGON-542LB) *sobre el Convenio General de la Construcción y la formación preventiva en el puesto de trabajo*.

Informe de la Dirección General de Trabajo, de 29 de septiembre de 2008

Informe de la Federación de Servicios de Prevención ajenos (ASPA) al grupo de Trabajo para la “Elaboración de una estrategia en Seguridad y Salud”, 2006, p. 6; en línea: http://aspaprevencion.com/archivos/INFORME_ASPA.pdf

Informe DGE-SGON-479AV, de 7 de febrero con ocasión del escrito enviado por AEPSAL, en línea: <https://drive.google.com/file/d/0B4LzdQPeqZFwSFQxT0lpMFlzNU0/view>

Informe elaborado por la Asociación Nacional de Entidades Preventivas Acreditadas (ANEPA), que se puede ver en línea: http://www.anepa.net/component/docman/doc_download/64-2013-12-29-servicios-de-prevenci%C3%B3n-propios-y-mancomunados.html?Itemid=

Informe elaborado por la Asociación Nacional de Entidades Preventivas Acreditadas (ANEPA), que se puede ver en línea: http://www.anepa.net/component/docman/doc_download/64-2013-12-29-servicios-de-prevenci%C3%B3n-propios-y-mancomunados.html?Itemid=

Informe jurídico 0648/2008 de la AEPD. La obtención de datos por el servicio de prevención se justifica por el art. 6.2 LOPD.

Informe Jurídico 655/2008 de la Agencia Española de Protección de Datos.

Informe jurídico sobre vinculaciones de los servicios de prevención ajenos, Madrid, 8 de mayo de 2008.

INSHT *Guía Técnica para la evaluación y prevención de riesgos relacionadas con la exposición a agentes cancerígenos o mutágenos*. En línea: http://www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Normativa/GuiasTecnicas/Ficheros/Agentes_cancerigenos.pdf

INSHT, *Guía Técnica de Atmósferas Explosivas*. En línea: <http://www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Normativa/GuiasTecnicas/Ficheros/ATM%C3%93SFERAS%20EXPLOSIVAS.pdf>

INSHT. *Guía del para la evaluación y prevención de los riesgos relativos a las obras de construcción*, en línea: http://www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Normativa/GuiasTecnicas/Ficheros/g_obras.pdf, pp. 19.

INSHT., *Construcción y reparación de buques y embarcaciones de recreo*, Enciclopedia de Salud y Seguridad en el trabajo, en línea: http://www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Documentacion/TextosOnline/Enciclopedia_OIT/tomo3/92.pdf

INSHT., *Guía para la integración de la prevención en el sistema general de gestión de las empresas*, 2008, en línea: http://www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Normativa/GuiasTecnicas/Ficheros/gu%C3%ADa_t%C3%A9cnica_integraci%C3%B3n.pdf

INSHT., *Guía Técnica para la Integración de la Prevención de Riesgos Laborales en el Sistema General de Gestión de la Empresa*, 2008, en línea: http://www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Normativa/GuiasTecnicas/Ficheros/gu%C3%ADa_t%C3%A9cnica_integraci%C3%B3n.pdf

INSHT., *Hierro y Acero*, Enciclopedia de Salud y Seguridad en el trabajo, en línea: http://www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Documentacion/TextosOnline/Enciclopedia_OIT/tomo3/73.pdf

INSHT., *Límites de Exposición profesional para agentes químicos en España*, en línea: http://www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Documentacion/LEP%20_VALORES%20LIMITE/Valores%20limite/Limites2013/limites%202013.pdf

INSHT., *Nota Técnica de Prevención núm. 994: El recurso preventivo*, en línea: <http://www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Documentacion/NTP/NTP/Ficheros/961a972/ntp-994%20w.pdf>

INSHT., *Nota Técnica de Prevención sobre Estadísticas de accidentabilidad en la empresa*, núm. 1, en línea: http://www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Documentacion/FichasTecnicas/NTP/Ficheros/001a100/ntp_001.pdf

INSHT., *Nota Técnica de Prevención*, núm. 919, *Sobre coordinación de actividades empresariales*, 2011, en línea: <http://www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Documentacion/NTP/NTP/Ficheros/891a925/919w.pdf>

INSHT., *Sistema de Gestión Preventiva*, declaración de principios y política preventiva, NTP 558, en línea: http://www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Documentacion/FichasTecnicas/NTP/Ficheros/501a600/ntp_558.pdf

Inspección Provincial del trabajo y seguridad Social de Barcelona. Informe tras la Campaña de control realizada en los años 2003 y 2005 sobre los servicios de prevención, en línea: <http://www.istas.ccoo.es/descargas/INFORME%20%20SPA.pdf>

ISTAS. *Guía del delegado sobre servicios de prevención*. En línea: <http://www.istas.ccoo.es/descargas/gnaranja/CAP07.pdf>

ITSS. *Guía de la Actuación Inspectora en Servicios de Prevención Propios o Mancomunados*, en línea: http://www.empleo.gob.es/itss/web/atencion_al_ciudadano/normativa_y_documentacion/Documentacion_Riesgos_Laborales/004/002/columna1/4.2_GUIA_Servicios_Prevencion_Propios.pdf

ITSS. *Guía de la actuación Inspectora para los servicios de prevención propios*. 2006; en línea: http://www.empleo.gob.es/itss/web/atencion_al_ciudadano/normativa_y_documentacion/.

ITSS., *Consulta Técnica sobre el alcance de la prohibición contenida en el art. 17 c) RSP*. En línea: http://www.empleo.gob.es/itss/web/utilidades/consultas_tecnicas/index.html#A3

ITSS., Acta de Infracción de la ITSS de 13 de agosto de 2009.

Nota Técnica de Prevención (NTP) núm. 614 sobre radiaciones ionizantes: normas de protección. En línea: http://www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Documentacion/FichasTecnicas/NTP/Ficheros/601a700/ntp_614.pdf

Nota Técnica de Prevención núm. 565 sobre el sistema de gestión preventiva: organización y definición de funciones preventivas, elaborada en el año 2000, en línea: <http://www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Documentacion/FichasTecnicas/NTP/Ficheros/501a600/565w.pdf>,

Nota Técnica de Prevención núm. 994 del INSHT, 2013.

Observatorio Estatal de Condiciones de Trabajo sobre las Modalidades de organización implantadas en las empresas dentro de las contempladas por la legislación, en línea: <http://www.oect.es/portal/site/Observatorio/menuitem.02f24b227be1a22f7ac3d63062c08a0c/?vgnextoid=a0ed681b3ac62310VgnVCM1000008130110aRCRD&vgnnextchannel=38bb46a815c83110VgnVCM100000dc0ca8c0RCRD>

Programa del IRSST de la Comunidad de Madrid: http://www.madrid.org/cs/Satellite?c=CM_Actuaciones_FA&cid=1114195972437&idConsejeria=1142697631805&idListConsj=1109266100973&idOrganismo=1109266228581&language=es&pagename=ComunidadMadrid%2FEstructura

Sociedades y asociaciones de especialistas en Medicina del Trabajo. *Alegaciones de las al borrador de Guía Básica y General de orientación de las actividades de vigilancia de la salud de los trabajadores para la prevención de riesgos laborales*. Madrid, 6 de diciembre de 2012, en línea: <http://www.ammtas.com/noticias/alegaciones-rd843-2011.html>

Subdirección General de Apoyo a la PYME. Retrato de las Pymes 2015, en línea: http://www.ipyme.org/Publicaciones/Retrato_PYME_2015.pdf